الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة الجزائر

معهد الحقوق و العلوم الادارية

الضمان القانونى للعيب الخفى و تخلف الصفة فى عقد البيع

بحث

للحصول على درجة الماجستير

في

العقود والمسؤولية

أعداد

الطالبة/خواص جويدة

تحت أشراف

الاستاذ / الدكتور ابراهيم ابو النجا

لجنة التحكيم :

الاستاذ : .... رئيسا

الاستاذ : .... مقررا

الاستاذ : .... عضوا

جوان 1986 م

بسم الله الرحمن الرحيم

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

" لا يحل لمسلم ان يبيع سلعة من السلع وهو يعلم ان عيبا فيها، قل او كثر، حتى يبينه لمبتاعه "

حديث شريف

رواه احمد وابن ماجة والطبراني والدرقطني



مقدمـــة :-

منذ ان وجد الانسان وهو يسعى لاشباع حاجاته المتزايدة بتنزايد مطالب الحياة اليومية عن طريق مبادلة غيره بما فاض عن حاجته من سلعة معينة مقابل ما يعوزه من سلعة اخرى، فنشأت بذلك اول صورة من صور البيع وهي المقايضة، اى مبادلة سلعة بسلعة . اذ كان المرء يحمل من موجوداته ما يمكن الاستغناء عنه الى السوق ويبحث عما يحتاج اليه لدى الغير، فيتبادلان الاشياء لاحتياج كل منهما لما عند الاخر .

غير ان المقايضة وان اراحت الانسان في مرحلة معينة من التاريخ وازاحت عنه بعض العناء الكبير الذى كان يعانيه في انتاج حاجاته بنفسه فان سرعان ما بدت للناس صعوبة التعويل عليها وحدها لما تنطوى عليه من مشقة تجعلها غير كفيلة باشباع حاجات الناس المتزايدة وذلك لاختلاف السلع وتفاوتها في القيمة وتمايز رغبات الناس في كل منهما . ولذلك لجأ الناس الى ابتكار صورة ثانية من صور التبادل، فاتخذوا سلعة معينة تقوم بها سائر السلع الاخرى، فنشأ النقد الذى تعتبر له قيمة صالحة لان توضع في مقابل سائر السلع والحاجات، فحل البيع محل المقايضة، واصبح اهم اداة للتعامل والاتجار في الامم الحديثة، لا يستغنى عن ابرامه احد من الناس .

ولكن مع التطور الاقتصادى والصناعي والاجتماعي الذى رافق حضارة الشعوب المختلفة، اتسع نطاق الحاجات التي يرغب الانسان في الحصول عليها، فظهرت عدة عقود اخرى الى جانب عقد البيع

./.

تعكس هذا التطور وتحقق رغبات الانسان في شتى الميادين التي تتطلبها الحياة العصرية مثل عقد الايجار والعارية والمقاولة والرهن .

ولما كانت هذه التصرفات في مجموعها سواء كان التصرف بيعا او ايجارا او عارية او مقاولة او رهنا تهدف الى تبادل المنافع بين الناس،فان المرء قد يحجم عن ابرام مثل هذه التصرفات اذ لم يتوافر لديه ضمان يزرع في نفسه الطمأنينة ،ويوفر له الاستقرار في تعامله مع الغير فيتاكد مسبقا بأن المنفعة التي توخاها من التعاقد صالحة لاشباع الحاجة التي تعاقد من اجلها . ذلك ان اكتساب الملكية عن طريق عقد البيع ليس هو الغاية في ذاته من التعاقد لان المشترى لا يهدف من ذلك الوجه القانوني لهذا العمل فحسب،وانما يسعى للحصول على مبيع صالح للاستعمال والانتفاع به اى غير معيب .

ولذلك نجد التشريعات منذ القدم حرصت على توفير هذا الضمان للمتعاقد الذى يجهل وجود العيب في محل العقد ،فالزمت كلا من البائع والموءجر والمعير والمقاول والراهن على ضمان العيوب الخفية التي لا يمكن اكتشافها في محل العقد بالفحص العادى والتي من شأنها ان تنقص من قيمة محل العقد او الانتفاع به .

على ان درجة حرص التشريعات على توفير هذا الضمان تتفاوت بحسب الاهمية التي يوليها المشرع لكل عقد من هذه العقود فكان لعقد البيع منذ القدم الاهمية القصوى لدى جميع التشريعات العالمية نظرا لصلته الوثيقة بحياة الناس ومعيشتهم اليومية باعتباره الركيزة الاساسية التي يقوم عليها التصرف القانوني ،فاذا كان

استغناء الشخص عن ابرام بقية العقود الاخرى طول حياته متصورا فانه من النادر ان يستغني الشخص عن ابرام عقد البيع يوما واحدا .

ولذلك اثرت ان اتصرد راستي ، في هذا البحث على ضمان العيوب الخفية في عقد البيع دون سواه من العقود الاخرى . باعتبار احكام هذا الضمان قد ظهرت اصلا في عقد البيع ثم انتقلت منه الى بقية العقود الاخرى .

ولما كان عقد البيع من اكثر العقود شيوعا في التعامل بين الناس،وقد اعان شيوعه على ارساء قواعده واستقرار احكامه ، فان تنظيم المشرع لالتزام البائع بضمان العيوب الخفية اريد منه تمهيد الطريق امام المتعاقدين وتجنيبهم مشقة تنظيم علاقاتهم التعاقدية الخاصة لضمان العيوب الخفية . حيث تنبه المشرع لاكثر ما يعرض لهذه العلاقات،فتناولها بالتنظيم والتحديد ،ووضع احكاما نموذجية هي نتاج خبرة القرون الطويلة ،فسمي هذا التنظيم بالضمان القانوني . على ان تنظيم المشرع لضمان عيوب المبيع الخفية باحكام خاصة،لا يصادر مبدأ سلطان الارادة ولا حرية المتعاقدين في تنظيم تعاملها على الوجه الذى يؤثرانه . فلو ان المتعاقدين ارادا حلولا اخرى غير تلك التي وضعها المشرع في الضمان القانوني ،كالتشديد في الضمان او التخفيف منه . فليس عليهما في ذلك الا ان ينسخا الحلول التي وردت في الضمان القانوني باتفاقات خاصة . فتكون هذه الاتفاقات هي المعمول بها دون الحلول القانونية . وهذا ما يسمى بالضمان الاتفاقي وهو خارج عن نطاق دراستي، ولا اتعرض له الا بالقدر الذى تقتضيه دراستي للضمان القانوني .

./.

واذا كان الضمان القانوني للعيب الخفي في المبيع وليد ولود التجارة في اسواق روما ، واحتكاك الشعوب ببعضها . فان هذا النظام القانوني لم يقف عند الحدود التي رسمت له قديما من طرف حكام الاسواق في روما ،وانما تطور مع التطور الاقتصادى والتقني الذى كان له تأثير كبير في احداث تغيير جذرى في العلاقات بين المنتجين والمستهلكين . من الناحية الاقتصادية والقانونية وقد لعب الاجتهاد والقضاء دورا هاما في استكمال معالم هذا النظام وارساء قواعده وتكييفها مع الواقع المتطور مما ساعد على بلورته وتجدده لمسايرة مستجدات الحياة العملية .

على ان ضخامة الدور الذى اصبح يلعبه ضمان العيب الخفي في وقتنا الحاضر بسبب تفشي الغش بين التجار ومهارة الناس في اخفاء عيوب مبيعاتهم ،وتنوع المشاكل التي بدأت تظهر مع التعقيدات التقنية في الصناعة ،جعل الخلاف في الوجهات القانونية لحل هذه المشاكل يتزايد بين الفقهاء مما يكون له تأثير سلبي على القضاء في تفسير وتطبيق قواعد ضمان العيب الخفي . وذلك راجع للغموض الذى يعترى بعض النصوص القانونية الخاصة ضمان العيب وصعوبة تمييز هذا الضمان عن غيره من الانظمة القانونية القريبة منه ، حيث ان الضمان في معظم القوانين العربية ومنها القانون الجزائرى لا يرد على العيب الخفي فحسب وانما يشمل تخلف الصفة التي كفل البائع للمشترى وجودها في المبيع ولا يخفي ما يثيره هذا الادماج بين العيب وتخلف الصفة من لبس وغموض من حيث اختلاف مفهومهما وحكمهما وخاصة اذا علمنا

ان المصدر التاريخي لضمان تخلف الوصف الذى ادخلته القوانين العربية ضمن احكام ضمان العيب هو الشريعة الاسلامية وهي تفرق بين خيار العيب وخيار الوصف، ولكل منهما حكما خاصا به .

ولذلك اخترت الضمان القانوني للعيب الخفي وتخلف الوصف في عقد البيع، موضوعا لدراستي في هذا البحث، بعد ان تبين لي ما يثيره هذا النظام القانوني من خلافات حول المسائل التي يتناولها مع عدم وجود دراسة متخصصة في القانون الجزائرى لعلني القي بعض الضوء على ما ثار بشأنها من خلاف . فاحاول ما استطعت ان ابدد ما اعترى هذا النظام من غموض مع حرصي على ان تكون دراستي مقارنة بين القانون الجزائرى والشريعة الاسلامية بصفة رئيسية والتشريعات التي لها علاقة بالقانون الجزائرى بصفة عامة .

ونظرا للطابع العملي الذى يتصف به الضمان القانوني للعيب الخفي وتخلف الصفة في المبيع فاني حرصت في دراستي له على ان اوفق بين ناحيتين متلازمتين، الاولى ذات طابع نظرى والثانية ذات طابع عملي . فاقرن كل قاعدة قانونية بمثل يجسدها في الواقع، وبالاجتهاد الذى اثر في وجودها مبينة اصلها التاريخي والظروف التي ساعدت في ايجادها، محاولة ازالة كل ما يشوبها من لبس وغموض مقترحة في حدود امكانياتي ما اراه حلا مناسبا .

وهكذا سأمهد لهذه الدراسة بفصل تمهيدى ابحث فيه الجذور التاريخية لنشأة ضمان العيب الخفي وتخلف الصفة في المبيع، وتطوره

في ظل التشريعات المختلفة ثم اقسم البحث الى بابين . ابحث في الاول تحديد العيب الموجوب للضمان والشروط الواجب توافرها في العيب وتخلف الصفة المشروطة في العقد واخص الباب الثاني للبحث في الاثار القانونية المترتبة عن قيام الضمان .

وبذلك تكون خطة البحث كالتالي :-

- فصل تمهيدي : التطور التاريخي لضمان العيب وتخلف الصفة .
- الباب الاول : تحديد نطاق العيب الموجب للضمان وشروط قيام الضمان .
- الباب الثاني : الاثار المترتبة عن قيام الضمان .

*

* *

- الفصل التمهيدي -

التطور التاريخي لضمان العيب الخفي وتخلف الصفة في المبيع

---***---

ان دراسة التطور التاريخي لضمان العيب الخفي وتخلف الصفة في المبيع تقتضي الوقوف على جذوره التاريخية المتاصلة في القانون الروماني في اولى مراحله كفكرة بسيطة يضيق مجال تطبيقها ولا تشكل نظاما قانونيا مستقلا بذاته ثم انتقال اثر تطور هذا النظام القانوني في ظل التشريعات الحديثة التي نقلته عن القانون الروماني سواء بطريق مباشر كما فعل القانون الفرنسي . او بطريق غير مباشر كما فعل القانون المصرى حيث نقل ما بناه القضاء والقانون الفرنسيين على انقاض القانون الروماني ،وذلك دون اهمال الالمام باحكام الشريعة الاسلامية في هذا الشأن باعتبارها تجمع بين القديم والحديث،فهي وان كانت قد عرفت ضمان العيب الخفي وفوات الوصف في المبيع بشيء من التفصيل قبل القانون الفرنسي فان احكامها مازالت صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان . بالاضافة الى ذلك فانها تعتبر مصدرا رسميا احتياطيا للقانون الجزائرى ولذلك اثرنا دراسة احكام هذا النظام القانوني في الشريعة الاسلامية في مبحث مستقل عن التقنينات الحديثة .

وبذلك تنقسم دراستنا للتطور التاريخي لضمان العيب الخفي وتخلف الصفة في المبيع الى مباحث ثلاثة نتناول فيها على التوالي :

./.

- المبحث الاول : في القانون الروماني .
- المبحث الثاني : في التقنينات الحديثة .
- المبحث الثالث : في الشريعة الاسلامية .

المبحث الاول : القانون الروماني

ان فكرة التزام البائع بضمان العيب الخفي لم يخترعها الرومان طفرة واحدة على النحو الذى وصلتنا فيه الى القوانين الحديثة . وانما نشأت كفكرة ضيقة النطاق تطبق على بعض العقود الخاصة فقط (1) ومصدرها الغش المفترض في جانب البائع وليس الاخلال بالالتزام العقدى . ومع تطور القانون الروماني نفسه تطورت فكرة الضمان الى ان اصبحت قاعدة عامة تطبق في جميع العقود .

ولذلك راينا دراسة فكرة التزام البائع بضمان العيب الخفي في القانون المدني الروماني اولا باعتباره الشريعة العامة، ثم في منشورات المحتسبين ،واخيرا في قانون جوستيان الذى عمم فكرة الالتزام بالضمان على جميع العقود .

المطلب الاول : القانون المدني الروماني .(الالواح الاثنى عشر)

في ظل الالواح الاثني عشر كان الالتزام بضمان العيب الخفي يقتصر على بيع العقار الذى يتم عن طريق الاشهار (2)

---

(1) ويرى مونيه ان" الخصائص المميزة للضمان عرفت في شريعة حمورابي وهي التي تاثر بها القانون الروماني في مراحله الاولى " .
Monier: La garantie contre les vices cochés dans la vente Romaine.Tom deux.Page 191.N° 1.

(2) A.E. GIF FARD.R.VILLERS, DROIT Romain (obligation) 1958 prisse Dalloz. première éditions page 66. N°97.

./.

الاشهاد (1) . والى جانب هذا النظام ظهر نظام اخر في اوائل عصر الجمهورية وهو التزام البائع بضمان العيب الخفي عن طريق الاشتراط Stipulation وهذا النظام ايضا كان مطبقا على بيوع معينة، وهي بيع الرقيق وبيع الدواب، ففي مثل هذه البيوع كان يدرج اشتراط في عقد البيع يتعهد فيه البائع بضمان غياب العيب وسلامة العبد (الرقيق) والحيوان من العيوب، وخلو كل منهما من المسؤولية الجنائية (2) .

وكان المشترى يتوصل عن طريق هذا الاشتراط الى الحصول على تعويض في حالة ظهور عيب في الشيء المبيع بموجب دعوى اساسها الاخلال بالمسؤولية العقدية (3) .

وعند ظهور عقد البيع الرضائي في اواخر عصر الجمهورية اصبح البائع مسؤولا عن عيوب المبيع بغض النظر عن وجود اشهاد mancipation او اشتراط Stipulation وذلك في حالتين :-

-<u>الاولى</u> : حالة ما اذا اعلن البائع للمشترى توافر صفات معينة في المبيع ثم يظهر تخلفها فيكون البائع مسؤولا اذا لم توجد هذه الصفات .

---

(1) GIRARD: Manuel élémentaire de Droit Romain 1929.P.545.N°4.

(2) كان الحيوان في القانون الروماني يسال عن افعاله الجنائية كالانسان، اذ تبرأ ذمة مالكه من المسؤولية بتركه للتضرر ليفعل به ما يشاء .

(3) MONIER:Op.Cit.P.19?.N°2.GIFFARD: Op.Cit.P.66.N° 98. -
محمود سلام زناتي - المرجع السابق - ص 203 .

- الثانية : حالة ما اذا اكد للمشترى خلو المبيع من عيب معين او اخفى - بطريق الكتمان - عيب كان يعلم بوجوده ، ثم ظهر هذا العيب في الشيء المبيع ، فالبائع بتعليماته المزيفة يكون بذلك قد ارتكب تدليسا يتنافي وحسن النية الواجب توافرها لدى المتعاقدين في عقد البيع ، ومن ثم كان للمشترى رفع دعوى ضد البائع تسمى دعوى الشراء Actio empti وهذه الدعوى كانت تخول له الحق في تعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب هذا العيب (1)

المطلب الثاني : منشورات المحتسبين .

الى جانب القانون العام المشترك كان يوجد قانون خاص بالبيوع الخاصة التي تقع على العبيد والحيوانات التي تتم في الاسواق العمومية ، التي كانت مراقبة من طرف المحتسبين (2) .

فتجارة الرقيق والحيوانات كانت في الغالب ممارسة من طرف تجار اجانب يترددون على اسواق روما . وهؤلاء التجار لا اخلاق لهم لا سيما النخاسون الذين كانوا يتفننون في اخفاء عيوب ما يبيعون من عبيد ، وكثيرا ما كان المواطنون الرومانيون يذهبون ضحية هذه الاساليب الاحتيالية ، الامر الذى حمل المحتسبون على التدخل في اواخر عصر الجمهورية لتنظيم هذه البيوع ، بدافع الرغبة في حماية الرومان من هؤلاء التجار الاجانب (3) .

---

(1) انظر : محمود سلام زناتي - المرجع السابق - ص 203 - 204 .

(2) المحتسبون هم " الحكام المشرفين على الاسواق والميادين العامة ولهم حق اصدار اللوائح الخاصة بالبيوع في اسواق العبيد والحيوانات " انظر رضا فرج تاريخ النظم القانونية . د و ج - طبعة 1976 - ص 105 .

(3) محمود سلام زناتي - المرجع السابق - ص 204 .

./.

وقد انطلق المحتسبون من مبدأ اساسي ،وهو افتراض معرفة البائع للشيء المبيع وعلمه بما فيه من عيوب (1) لهذا الزم المحتسبون البائع باعلان عيوب الشيء التي يكون على علم بهما ،اما باعلانهما بصوت مرتفع،واما بتدوينهما في لوحة تعلق في عنق العبد او الحيوان .

فاذا كان المبيع عبدا مثلا كان على البائع ان يعلن مرضه او اعتياده الهرب او ارتكابه جريمة لم يدفع عنهما التعويض.

غير ان الدعوى التي منحها المحتسبون للمشترى تختلف باختلاف موضوع المبيع،فاذا كان المبيع رقيقا فان المشترى له ثلاث دعاوى بينما ليس لمشترى الحيوان الا دعويين ،ولذلك تجب التفرقة بين هذين البيعين على النحو التالي :-

أولا - <u>بيع الرقيق</u> . Vente d'exlaves

الزم المحتسبون بائع الرقيق بادراج اشتراط يتعهد فيه :-

1 - ان يسلم للمشترى عبدا خاليا من العيوب الخفية .

2 - ان يرد للمشترى ضعف الثمن في حالة استحقاق العبد .

وقد اعتبر هذا الشرط،شرطا الزاميا يجب ان يتضمنه كل عقد بيع محله (رقيقا) ،وقد رتب المحتسبون جزاءا على تخلف هذا الشرط في العقد ،يتمثل في حق المشترى في دعوى الاشتراط في خلال

---

(1) GIFFARD: Op.Cit.P. 67. N° 100.
GIRARD : Op.Cit.P. 547.N° 10.

./.

ستة اشهر يطلب فيها تعويضا عن الضرر الذى لحقه الى جانب دعوى الرد التي ترفع خلال ستة اشهر من يوم ابرام العقد ،او دعوى انقاص الثمن في ظرف سنة من يوم ابرام العقد .

ثانيا - في بيع الحيوانات Vente des bétails

اما مشترى الحيوان فليس له في حالة ظهور عيب خفي في الحيوان الا الحق في رفع دعوى الرد في خلال ستة اشهر من يوم ابرام العقد او دعوى انقاص الثمن في خلال سنة من نفس التاريخ ،وليس له الحق في المطالبة بالتعويض كما هو الحال في بيع الرقيق ، ذلك ان بيع الحيوان تم دون التزام البائع بتضمين عقده اشتراط يتعهد فيه بخلو المبيع من العيب الخفي (1) .

وهكذا يتضح ان ما اضافه المحتسبون في مجال ضمان العيوب الخفية الى قانون الالواح الاثني عشر اقتصر على البيوع التي يكون محلها رقيقا او حيوانا ،وبذلك اصبح التزام البائع بضمان العيب الخفي لا يتعدى بيع العقار الذى تنتقل فيه الملكية عن طريق الاشهاد طبقا للالواح الاثني عشر ،وبيع الرقيق والحيوان .

ولم يعمم هذا الالتزام على جميع العقود بشكل واضح الى ان جاء قانون جوستنيان فجعله التزاما عاما متولدا عن عقد البيع ذاته بغض النظر عن محله او شكله .

---

(1) GIFFARD : Op. Cit.P.67.N° 5. 102. 103.

./.

المطلب الثالث : القانون المدني الروماني في عهد جوستنيان Justinien

بعد ان كانت القواعد التي وضعها المحتسبون والمتعلقة بالتزام البائع بضمان العيب الخفي مقتصرة على بيوع معينة داخلة في اختصاصهم وهي بيع الرقيق والحيوانات في الاسواق العامة، عممت في عهد جوستنيان حيث اصبحت تطبق على جميع البيوع بغض النظر عن محلها او مكان انعقادها .

فقانون جوستنيان اعتبر البائع مسؤولا عن عيوب الشيء سواء كان يعرف هذه العيوب ام كان يجهلها ، على اساس وجوب معرفة البائع لما يبيع من جهة واتجاه قصد المتعاقدين الى ان يكون الشيء محل البيع خاليا من العيوب من جهة اخرى (1) .

وبذلك اصبح المشترى في رجوعه على البائع عند ظهور عيب في الشيء المبيع يستعمل الدعوى الناتجة عن البيع والتي تعرف بدعوى الشراء Actio empti فكان يحصل على نفس النتائج التي كان يحصل عليها في ظل النظام الذى وضعه المحتسبون اى فسخ البيع او تخفيض الثمن الى جانب تعويض المشترى في حالة سوء نية البائع (2) .

فالمشترى الذى يكتشف عيبا بالشيء المبيع كان له رفع دعوى الشراء Actio empti اما بوصفها دعوى الرد Acte Redibi-toin.

---

(1) GIRRARD .Op. Cit. P.548.N°11.

(2) محمود سلام زناتي ـ المرجع السابق ـ ص 205 .

./.

واما بوصفها دعوى تخفيض الثمن ،واما بصفتها الاصلية اى دعوى الشراء Actio empti فيطلب فيها التعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب العيب .

فدعوى الرد كانت تؤدى الى مطالبة البائع برد الثمن وتوابعه ، واسترداد المبيع ،فاذا استجاب البائع لطلب القاضي لا يلزم باكثر من ذلك اما اذا امتنع حكم القاضي عليه بضعف المبلغ المطلوب وذلك كعقاب له . وكانت هذه الدعوى ترفع في خلال ستة اشهر التالية لانعقاد البيع . اما دعوى تخفيض الثمن فهذه كانت تؤدى الى تخفيض الثمن بما يتناسب مع قيمة الشيء بعد ظهور العيب فيه ،ويرجع في تحديد قيمة الشيء الى وقت البيع فكان القاضي يحكم على البائع بالفرق بين الثمن الذى دفعه المشترى والثمن الذى كان يدفعه لو كان عالما وقت الشراء بوجود العيب ،ويمكن رفع دعوى بتخفيض الثمن كلما ظهر بالشيء عيب جديد ،ويجب رفع هذه الدعوى في خلال سنة من يوم ابرام العقد .

واذا رفع المشترى دعوى تخفيض الثمن كان له العدول اثناء الدعوى الى طلب الرد (اى دعوى الرد) اما اذا رفع دعوى الرد ولم يحكم له بها فليس له فيما بعد رفع دعوى تخفيض الثمن ،الا اذا كان رفض دعوى الرد راجعا الى الدفع بانقضاء المدة

---

(1) GIFFARD : Op. Cit.P.69.N° 104.

./.

التي يجوز فيهما رفع الدعوى وهي مدة الستة اشهر التالية لانعقاد البيع، ففي هذه الحالة لم يكن هناك ما يمنع المشترى من رفع دعوى تخفيض الثمن (1) .

والى جانب دعوى الرد ودعوى تخفيض الثمن كان للمشترى ان يرجع على البائع بدعوى الشراء وذلك في حالة اخفاء البائع عيبا يعلم بوجوده في الشيء المبيع . او تاكيده وجود صفة فيه بالرغم من تخلفها . وبموجب دعوى الشراء يكون للمشترى الحق في التعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب وجود العيب الذى اخفاه البائع او بسبب تخلف الصفة التي اكد وجودها، وينظر في تقدير التعويض في هذه الحالة الى وقت البيع . وهذه الدعوى الاخيرة - اى دعوى الشراء - هي دعوى دائمة Perpetuelle بخلاف الدعويين السالفتي الذكرى فانهما لفترة قصيرة، فتكون دعوى الرد لمدة ستة اشهر من يوم ابرام العقد، اما دعوى تخفيض الثمن فهي لمدة سنة من يوم ابرام العقد . وللمشترى الخيار بين هذين الدعويين (2) .

وعلى هذه الصورة استقر الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانون الروماني، واصبح متولدا عن عقد البيع بعد ان كان مستقلا عنه، كما انه اصبح شاملا لكل البيوع بغض النظر عن محلها او مكان انعقادها وانتقلت احكام الضمان للعيب الخفي في الشيء المبيع من القانون الروماني الى عدة قوانين وتشريعات .

---

(1) انظر، محمود سلام زناتي - المرجع السابق - ص 206 وهامش رقم (1) من نفس الصفحة .

(2) MONIER : Op.Cit.P.196.
GIRRARD: Op.Cit.P.69.N° 104.

./.

المبحث الثاني : التقنينات الحديثة .

في ظل الشريعة اللاتينية ، يمكن اعتبار القانون الفرنسي هو الوحيد الذى نقل عن القانون الروماني بطريق مباشر القواعد الخاصة ضمان العيوب الخفية على اعتبار انه اقدم التقنينات الحديثة الذى لم يجد واضعوه تقنينا آخر يستغنون به عنه في صياغة قواعدهم . اما التقنينات الاخرى التي تلت التقنين الفرنسي ، ومنها معظم التقنينات العربية ، فانها نقلت احكامها مباشرة عن القانون الفرنسي ولذلك يكون تأثرها بالقانون الروماني تاثيرا غير مباشر .

ومن التقنينات العربية التي نقلت عن القانون الفرنسي ، التقنين المدني المصرى الصادر سنة 1948 الذى يعتبر مصدرا تاريخيا للتقنين المدني الجزائرى في مجال ضمان العيوب الخفية ويبدو ان التجاء المشرع الجزائرى الى نقل احكام ضمان العيوب الخفية من التقنين المدني المصرى وهجر احكام التقنين المدني الفرنسي راجع الى سببين :-

- السبب الاول : ان التقنين المدني المصرى باعتباره من التقنينات الحديثة قد تجنب جميع العيوب والانتقادات الموجهة الى التقنين الفرنسي .

- السبب الثاني : ان التقنين المدني المصرى جمع بين ما وصل اليه الفقه والقضاء الحديثين في مجال ضمان العيوب الخفية وبين احكام الشريعة الاسلامية التي تعتبر مصدرا رسميا لمعظم التقنينات العربية .

./.

ومن هذه الزاوية تبدو اهمية معرفة الاحكام الخاصة بضمان العيوب الخفية في التقنين المدني الفرنسي ثم في التقنين المدني المصرى .

المطلب الاول : التقنين المدني الفرنسي .

قبل صدور التقنين المدني الفرنسي في سنة 1804 ، لم تكن فكرة ضمان العيوب الخفية مطبقة بشكل واضح في المناطق الفرنسية ، وانما خضعت للاعراف المحلية والعادات السائدة في كل منطقة غير ان الدعوى المعطاة للمشترى تميزت بقصر مدتها حيث تراوحت بين ثمانية ايام واربعين يوما (1) .

ولم تتوحد احكام ضمان العيوب الخفية الى ان صدر التقنين المدني الفرنسي فنظم هذه الاحكام في المواد من 1641 الى 1649 ويلاحظ ان هذا التقنين رغم ان مصدره التاريخي هو القانون الروماني فان احكامه جاءت مغايرة لاحكام ضمان العيوب الخفية في القانون الروماني في مسألتين هامتين هما : -

اولا - فيما يتعلق بنطاق العيب المضمون ، استبعد التقنين المدني الفرنسي ضمان تخلف الصفة المشروطة في العقد (2) . بينما كان في القانون الروماني من التزامات البائع المتولدة عن فكرة الضمان في عقد البيع .

---

(1) انظر ، اسعد دياب" ضمان عيوب المبيع الخفية ، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والشريعة الاسلامية والقوانين الحديثة العربية والاوروبية" طبعة 1980 - ص 15 .

(2) انظر ، المادة 1641 من التقنين المدني الفرنسي وهي النص الوحيد الخاص بتعريف العيب الذى يضمنه البائع ، حيث جاءت خالية من ذكر تخلف الصفة المشروطة في العقد .

ثانيا - فيما يتعلق بمدة رفع الدعوى، جعل التقنين المدني الفرنسي مدة رفع الدعوى مدة قصيرة دون ان يحددها بزمن معين (1) انما ترك تحديدها للقاضي الذي قيده في هذا المجال بالرجوع الى طبيعة العيب الذي يشوب المبيع، والعادة السائدة في المكان الذي تم فيه ابرام العقد (2) . في حين ان مدة رفع الدعوى في القانون الروماني في عهد جوستنيان محددة بستة اشهر من يوم ابرام العقد بالنسبة لدعوى الرد، وسنة من يوم ابرام العقد بالنسبة لدعوى انقاص الثمن .

بذلك يتضح الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي في مجال ضمان العيوب الخفية، اذ انه لم يهمل العادات والاعراف المحلية التي كانت سائدة في المناطق الفرنسية رغم تاثره بالقانون الروماني .

ويبدو تأثر المشرع الفرنسي بالعادات والاعراف المحلية جليا في اعراضه عن تحديد مدة رفع الدعوى، واحالته في تحديد هذه المدة لعرف المنطقة التي تم فيها ابرام العقد (3) .

---

(1) انظر المادة 1648 من التقنين المدني الفرنسي التي استعملت عبارة " ... dans un bref délais "

(2) المادة 1648 من التقنين المدني الفرنسي .

(3) قارن نص المادة 1648 من التقنين المدني الفرنسي مع ما كان سائدا في المناطق الفرنسية قبل صدور التقنين سنة 1804 المشار اليها في مؤلف . VERGNES: De la Garantie dans les Contrats a titre onéreux 1934. P18.

./.

بشأن نص المادة 1648 الخاص بتحديد مدة رفع دعوى الضمان يطبق على جميع البيوع بغض النظر عن طبيعة محلها . وبمرور الزمن كشفت الحياة العملية ان هذا اصبح غير صالح لتطبيقه على بيع بعض الاشياء الخاصة التي تتطلب طبيعتها مهلا خاصة لرفع دعوى الضمان . مثل بيع العقار قيد البناء الذى صدر بموجبه قانون رقم 67 -547 المؤرخ في 1967/7/7 وبيع الحيوانات الصغيرة التي صدر بموجبها قانون رقم 1017- 10 مؤرخ في 28 -12 -71 الى جانب مجموعة من القوانين الاخرى التي صدرت بشأن الحيوانات والتي اصبحت من القانون الريفي le code rural

ويمكن ان نخلص من هذا التكاثر التشريعي ان احكام الضمان في القانون الفرنسي قد اصبحت متناثرة هنا وهناك ولم تعد تتمتع بوحدتها الكاملة كما هو عليه الحال في التقنين المدني المصرى .

المطلب الثاني : التقنين المدني المصرى والاردني .

انتقلت احكام ضمان العيوب الخفية من التقنين الفرنسي الى التقنين المدني المصرى القديم الصادر سنة 1875 عن طريق الاستاذ MANOURI (1) الفرنسي الجنسية الذى كلف بوضعه سنة 1872 .

وكان من الطبيعي ان ينقل هذا التقنين المكلف بوضعه عن التقنين المدني الفرنسي ، لذلك اتت احكام ضمان العيوب الخفية في هذا التقنين مطابقة لاحكام الضمان في التقنين المدني الفرنسي اذا

---

(1) وهو محامي فرنسي يقيم في الاسكندرية" د. عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مجلد الاول - طبعة1952-ص2 .

استثنينا تحديد مدة رفع الدعوى في التقنين المصري وعني بثمانية ايام من يوم العلم الحقيقي، وتركها لتقدير القاضي في التقنين المدني الفرنسي .

ولما صدر التقنين المدني المصري الحالي لم يستغني عن احكام ضمان العيوب الخفية اكتفاء بدعوى الفسخ التي يمكن اللجوء اليها عند ظهور العيب في المبيع على اساس عدم تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم، ذلك ان البائع ليس ملزما بنقل الملكية فحسب بل يجب عليه ان ينقل للمشتري ايضا حيازة مفيدة تستجيب للغرض الذي اعد له المبيع (1) وليس في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ولا في الفقه المصري ما يدل على سبب احتواء هذا التقنين لاحكام الضمان . سوى انه تاثر كثيره من التقنينات الاخرى بالفكرة الرومانية التي سبق شرحها والتي انتقلت عن طريق التقنين المدني الفرنسي الى التقنين المدني المصري القديم ومنها الى التقنين المدني المصري الجديد .

غير ان التقنين المدني المصري الحالي لم يكتف بنقل احكام الضمان التي تضمنها التقنين القديم، بل طور هذه الاحكام الى الحد الذي يجعلها تتماشى مع مقتضيات التطور الذي يشهده القرن العشرين في مجال البيوع وما تتطلبه الحياة العملية من استقرار في نطاق المعاملات بين الاشخاص ، وبناء على هذه الاعتبارات جاء التقنين الجديد باحكام مخالفة لاحكام التقنين القديم ولاحكام التقنين المدني الفرنسي .

---

(1) عبد الرزاق احمد السنهوري ـ المرجع السابق ـ الجزء الرابع المجلد الاول ص 710 - 360 .

ويمكن حصر هذه الاختلافات في النصوص التالية :-

فنص المادة 447 من التقنين المدني الحالي اضاف شيئا جديدا لم يرد في نص المادة 387/313 من التقنين الملغى والخاص بالتزام البائع بضمان الصفة التي كفل للمشتري وجودها في الشيء المبيع اذا نصت على انه يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشترى وجودها فيه او اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته او من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد ،او مما هو ظاهر من طبيعة الشيء او الغرض الذى اعد له ،ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده" المادة 447 مم ،بينما اقتصر نص التقنين الملغى على التزام البائع بضمان العيب الوارد في الشق الثاني من نص المادة 447 من التقنين المدني الحالي ،اذ كان ينص على ان"البائع ضامن للمشترى العيوب الخفية في المبيع اذا كانت تنقص القيمة التي اعتبرها المشترى او تجعل المبيع غير صالح للاستعمال فيما اعد له" المادة 313 .. 387 مدني مصرى ملغى ويتمثل الاختلاف الثاني فيما ورد في نص المادة 452 من التقنين المدني الحالي ،من حيث مدة رفع الدعوى الخاصة بالضمان اذا جاء في الفقرة الاولى من هذا النص انه" تسقط بالتقادم دعوى الضمان اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكتشف المشترى العيب الا بعد ذلك ،ما لم يقبل البائع ان يلتزم بالضمان لمدة اطول" في حين كان نص التقنين الملغى يحدد مدة رفع الدعوى بثمانية ايام من يوم علم المشترى بالعيب الخفي علما حقيقيا (1) . ويترتب عن اختلاف هذين النصين

(1) انظر المادة 324/302 من التقنين المدني المصرى السابق التي كان نصها

./.

فروق عدة ،لا تتمثل في المطالبة مدة رفع الدعوى فحسب انما تمتد الى طبيعة مدة دعوى الضمان ، حيث اصبحت في التقنين الجديد مدة تقادم بعد ان كانت مدة سقوط في التقنين الملغى .

كما ان هذه المدة تسرى في التقنين الجديد من وقت التسليم وفي التقنين الملغى تسرى من وقت العلم الحقيقي بالعيب الخفي (1) .

ونخلص من هذا كله الى ان التقنين المدني المصرى الحالي الذي يعد مصدرا تاريخيا للتقنين المدني الجزائرى -رغم تاثره في مجال ضمان العيوب الخفية باحكام القانون الروماني التي انتقلت اليه عن طريق التقنين المدني الفرنسي ،ومنها الى التقنين المدني الملغى ،فانه قد جاء باحكام جديدة تمثلت في توسيع نطاق الضمان حيث اضبح التزام البائع في ظله يشمل الى جانب ضمان العيب بمعنى الافة الطارئة ،ضمان تخلف الصفة التي كفل للمشترى وجودها في المبيع .

= كما يلي " يجب تقديم دعوى الضمان الناشئة عن وجود عيوب خفية في ظرف ثمانية ايام من وقت العلم بها والا سقط الحق فيها" .

وكان القضاء المصرى يقضي في ظل هذا التقنين ان المادة324 402م تشترط علم المشترى بالعيب الخفي علما حقيقيا ، حيث لا يكفي مجرد الظن او التوهم الغير القاطع لاعتباره علما موجبا لسقوط الحق في المطالبة بالفسخ . استئناف 23 فبراير 1932 المحاماة 13 رقم 37 - ص 94 .

(1) انظر،عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق (عقد البيع) ص 750 - فقرة 377 ، انظر ايضا : احمد نجيب الهلالي وحامد زكي ،عقد البيع الطبعة الثانية - ص 418 فقرة 416 .

./.

وقد اختار المشرع الجزائرى نصوص التقنين المدني المصرى الجديد فنقلها الى التقنين المدني الجزائرى دون ان يجرى فيها اى تعديل يذكر، اللهم الا بعض الفروق الطفيفة في الصياغة، نتيجة السهو او الاهمال كما سنرى عند دراسة هذه الاحكام.

غير ان دراسة احكام ضمان العيوب الخفية في التقنين المدني الجزائرى تقتضي الوقوف على احكام هذا الضمان في ظل الشريعة الاسلامية باعتبارها مصدرا رسميا له، طبقا للفقرة الثانية من المادة الاولى من هذا التقنين.

المبحث الثالث : الشريعة الاسلامية.

عرفت الشريعة الاسلامية ما يسمى بالخيارات في نظام المعاملات المالية، ومن بين هذه الخيارات، خيار العيب الذى يقابله في القانون الوضعي ضمان العيب الخفي.

ومعنى العيب الذى يترتب عنه الخيار في الشريعة الاسلامية هو الافة العارضة، او كما عرفه جل فقهائها "ما تنقص به قيمة المبيع او يفوت به على المشترى غرض صحيح" (1) والشريعة الاسلامية تفرق بين العيب الخفي ومعناه الافة العارضة حيث افردت له احكاما خاصة تحت عنوان خيار العيب" وبين تخلف الصفة المشروطة في العقد وخصته باحكام تحت عنوان خيار الوصف، فالاول يثبت دون ادراج اى شرط في العقد، بينما الثاني لا يثبت الا بالنص الصريح في العقد والا سقط حق المشترى فيه.

---

(1) انظر، مجموعة فتاوى احمد بن تيمية، كتاب البيع الجزء التاسع - ط. الاولى ص 189.

ويرى فقهاء الشريعة الاسلامية ان التزام البائع بضمان العيب دون شرط في العقد راجع الى كون العقد يقتضي سلامة المبيع ، وما من عاقل يقدم على بذل ماله في مقام التعاقد المجرد المقيد الا لهذا المقصد . واذا افترض ان شخصا اشترط السلامة في متن العقد ، فان شرطه هذا يكون توضيحا للمعنى الذي اقتضاه العقد ، وليس تاسيسا لمعنى جديد . فاقتضاء السلامة ضابط كلي يصح الاعتماد عليه لاثبات ان الاتفاق بين المتعاقدين وقع على التسليم دون العيب اذا شككنا في ذلك دون وجود بينة (1).

وقد استند فقهاء الشريعة الاسلامية في قولهم هذا على ما ورد في الكتاب العزيز من قوله تعالى " ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل "، الى جانب ما ورد من ادلة فعلية وقولية عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، حيث استند الفقهاء على قوله (ص) " لايحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس ، ومن غشنا فليس منا ". وقوله ايضا " يحل لمسلم ان يبيع سلعة من السلع وهو يعلم ان عيبا فيها قل او كثر حتى يبين ذلك لمبتاعه ".(2)

---

(1) انظر / محمد جواد مغنية - فقه الامام جعفر - الطبعة الاولى الجزء الثالث ، ص 216 .

(2) رواه احمد وابن ماجة والطبراني والدرقطني ، وفي رواية اخرى " لايحل لمسلم باع من اخيه بيعا وفيه عيب الا بينه ". راجع السيد سابق / فقه السنة طبعة 1971 ، المجلد الثالث ، الجزء الثاني - ص 170 .

واما عن الادلة الفعلية ما جاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم رواية عن العداء بن خالد حيث قال" كتب لي النبي صلى الله عليه وسلم، هذا ما اشتراه العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله، اشترى منه عبدا او آمة لاداء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم" (1) .

نخلص من هذا الى ان خيار العيب (اى ضمان العيب) في ظل احكام الشريعة الاسلامية هو اثر من اثار العقد الحكمية يتمتع به المشترى دون حاجة الى ادراج شرط او اتفاق في العقد خلافا لما كان عليه الحال في القانون الروماني في مراحله الاولى . حيث كان يلزم المتعاقدين بالنص صراحة في العقد عن شرط الضمان (2) .

فاذا وجد عيب في المبيع طبقا لاحكام الخيار، ثبت للمشترى هذا الحق اى حق الخيار، ويكون له الخيار بين حالتين اثنتين هما :-

- الحالة الاولى : فسخ العقد، وذلك برد المبيع واسترداد الثمن الذى دفعه، ذلك ما بقي الفسخ ممكنا .

- والحالة الثانية : الحق في استبقاء المبيع ويكون له ذلك اذا اختاره هو . او اذا تعذر رد المبيع واصبح الفسخ غير ممكن، ففي مثل هذه الحال يكون للمشترى امساك المبيع وارشه، اى تعويض يساوى العيب الذى بالمبيع (3) .

---

(1) انظر محمد جواد مغنية - المرجع السابق - ص 216 .
(2) السيد سابق - المرجع السابق - ص 112 - انظر ما سبق شرحه في المبحث الاول من هذا الفصل .
(3) انظر المغني، لابن قدامة - الجزء الرابع - ص 166 .

./.

واذا كان فقهاء ان الشريعة الاسلامية قد اجمعوا على ان خيار العيب في الشريعة الاسلامية يعطي للمشترى حق الخيار بين الفسخ وبين استبقاء المبيع،فانهم اختلفوا في مسائل عدة منها (1) :-

أ - اذا اختار المشترى الفسخ ،ففي هذا تفضيل بينهم،فاذا كان المبيع حيوانا اجمع الفقهاء على ان للمشترى ان يختار فسخ العقد مهما كانت نسبة العيب،كما ان له البقاء على العقد اى استبقاء المبيع مع التعويض وهو ما يعرف عندهم بالارش،اما اذا كان المبيع عقارا فان الامام مالك له نظر في المسألة حيث يرى انه اذا كان العيب جسيما فان للمشترى حق الفسخ وذلك برده المبيع واسترجاع الثمن . اما اذا كان العيب غير جسيم اى يسير فلا يحق له الرد مطلقا . وكان له استبقاء المبيع مع نقص قيمة البيع (2) .

= ابو البركات احمد بن محمد بن احمد الدرديري،الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك،الجزء الثالث - ط 1973 ص 191 - 192 - 193 . ابن رشد . بداية المجتهد ونهاية المقتصد الجزء الرابع - ص 134 .

(1) عبد الرحمان الجزيرى ،كتاب الفقه على المذاهب الاربعة،قسم المعاملات - الجزء الثاني - ص 190 - 195 .

(2) انظر علي الخفيف . احكام المعاملات الشرعية - ص 415 - 416 . ابن رشد : المرجع السابق - ص 134 .

ب ـ اذا اختار المشتري استبقاء المبيع دون الفسخ . ففي الفقه المالكي والشافعي ، يكون للمشتري الذي اختار استبقاء المبيع المعيب اي امساك المبيع ، حق الرجوع على البائع (المملك) بالنقصان . والحجة في ذلك عندهم ، ان العيب يفوت على المشتري جزءاً من المبيع فكان له المطالبة بحصته من الثمن واما الفقه الحنفي يرى عكس ذلك ، فعنده ، ان المشتري الذي اختار امساك المبيع ليس له الحق في مطالبة البائع (المملك) بنقص الثمن الا اذا تراضى مع البائع والحجة عنده في ذلك ان العيب نقص في اوصاف المبيع والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لانها تابعة فلا يلزم البائع بنقص الثمن اذا فات شيء منها ، ولانه لو الزم البائع به لالتزم باخراج المبيع من ملكه بعوض لم يرضه ، وذلك ضرر به ولا يجوز ان يرفع الضرر عن المشتري باثبات ضرر على البائع ، فوجب اما اعادة الحال الى سيرتها الاولى ، وذلك بفسخ البيع ورد كل العوض (الثمن) الى صاحبه ، واما ابقاء العقد على حاله ، الا اذا تراضيا على غير ذلك (1) .

---

(1) ابن قدامة ـ المرجع السابق ـ ص 164 .



* البـــــاب الاول *

***

الباب الاول

تحديد نطاق العيب وشروط قيام الضمان

تنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري فقرتها الاولى على انه : " يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشترى او اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته او من الانتفاع به ، بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع او حسبما يظهر من طبيعته او استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها " .

ويتضح من هذا النص ان ضمان البائع لا يقتصر على العيب الذى يجده المشترى في المبيع وقت التسليم وانما يمتد ضمان البائع الى تخلف الصفة التي تعهد للمشترى بوجودها في المبيع وقت التسليم ، ولفهم محل التزام البائع بالضمان ، وازالة اللبس الذى يعترى هذا النص بسبب ادماجه لشيئين يختلفان من حيث المفهوم ومن حيث الحكم فانه يلزم علينا ان نعرف العيب بمعنى الافة وتخلف الصفة المشروطة في العقد وبذلك يتحدد نطاق الضمان القانوني .

على ان البائع لا يضمن كل العيوب التي تظهر في المبيع وقت التسليم ، وانما يضمن فقط العيوب التي توافرت فيها الشروط

./.

القانونية التي يستخلص بعضها من الفقرة الاولى من المادة 379 مدني جزائري المذكورة اعلاه، والبعض الاخر من الفقرة الثانية من نفس النص حيث جاء فيها " غير ان البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، او كان في استطاعته ان يطلع عليها لو انه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، الا اذا اثبت المشتري ان البائع اكد له خلو المبيع من تلك العيوب او انه اخفاها غشا منه".

وهذا يقتضي منا تحديد معالم هذه الشروط تحديدا دقيقا وتبيان اثر كل منها. ذلك ان قيام الضمان يتوقف على توافر هذه الشروط، واذا توافرت هذه الشروط وقام الضمان، فانه ينتج اثاره القانونية المنصوص عنها في المادة 381 والتي تخول المشتري حق الرجوع على البائع طبقا لاحكام المادة 376 مدني جزائري الخاصة بالاستحقاق الجزئي والتي تحيلنا بدورها على المادة 375 مدني جزائري الخاصة بالاستحقاق الكلي . كل ذلك يتوقف على درجة تأثير العيب في الشيء المبيع .

وهكذا تتضح معالم الدراسة في هذا الباب في مسالتين نتناولهما على التوالي في فصلين مستقلين .

- الفصل الاول : تعريف العيب وتحديد نطاق العيب الموجب للضمان .
- الفصل الثاني : شروط قيام ضمان العيب وتخلف الصفة المشروطة في العقد .

./.

الفصل الاول

تعريف العيب وتحديد نطاق العيب الموجب للضمان

اذا كان البائع لا يضمن كل ما ينقص من قيمة المبيع او من الانتفاع به كالرداءة . فانه يضمن خلو المبيع من الصفة المشروطة في العقد ولو كان تخلف هذه الصفة لا ينقص من قيمة المبيع او من الانتفاع به بحسب الاصل ،فتخلف هذه الصفة قد يكون مما لا يخلو عنه اصل الفطرة السليمة للشيء .

وبناء على ذلك سنعرف العيب بوجه عام اولا ثم نحدد معنى العيب الموجب للضمان ثانيا .

المبحث الاول : تعريف العيب بوجه عام .

لم تعنى التشريعات العربية بايراد تعريف جامع مانع للعيب الذي يضمنه البائع ،وانما اكتفت بالنص على شروطه فقط تاركة تلك المهمة للفقه والقضاء - وبالرجوع الى الفقه والقضاء نجدهما قد حاولا وضع عدة تعاريف للعيب بالفاظ وصياغات مختلفة . وان كانت في غالب الاحيان تتحد في معناها وفحواها ومرجع ذلك في راينا ان كلا من الفقه والقضاء قد تاثر الى حد كبير بتعريف العيب لدى فقهاء الشريعة الاسلامية ولذلك ارتاينا ان نقتفي اثر هذه التعاريف لدى فقهاء الشريعة الاسلامية ثم لدى فقهاء القانون الوضعي وذلك ضمن مطلبين .

المطلب الاول : تعريف العيب في الشريعة الاسلامية .

لم ترد كلمة" عيب" في القرآن الكريم الا مرة واحدة في قوله تعالى على لسان لخضر" اما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر فاردت ان اعيبها . وكان وراءهم ملك ياخذ كل سفينة غصبا" الكهف الاية 78 ،ولم يذكر القرطبي في تفسيره ،ولا ابن كثير في تفسيره شيئا عن تعريف العيب او احكامه عند تفسير هذه الاية (1) .

اما فقهاء الشريعة الاسلامية فقد اوردوا عدة تعريفات للعيب فعرفه ابن عابدين في حاشيته بانه ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة من الافات العارضة لها (2) .

وعرفه العلامة الفقيه عبد الرحمان الجزيرى بانه" هو الذى تنقص به قيمة المبيع، او يفوت به على المشترى عرض صحيح (3) .

وهناك من عرفه قائلا" كل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب" .

---

(1) تفسير القرطبي - الجزء 11 - ص 34 .
تفسير ابن كثير - الجزء الثالث - ص 98 .
(2) حاشية ابن عابدين - الجزء الرابع - ص 78 .
(3) عبد الرحمان الجزيرى - المرجع السابق - ص 189 .
(4) الكمال ابن همام - فتح القدير - الجزء الخامس - ص 274 .

واما الكساني فيرى ان كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصا فاحشا او يسيرا فهو عيب (1) .

يتضح من هذه التعريفات ان العيب الذى يثبت حق الخيار للمشترى هو " افة يخلو عنه اصل الفطرة السليمة للشيء وينقص من قيمته"، والعيب على هذا النحو هو آفة عارضة، والافة العارضة قد تكون آفة في الخلقة والتكوين وقد تكون آفة طارئة والافة في الخلقة والتكوين هي الافة المصاحبة لتكوين الشيء، اما الافة الطارئة فهي التي تحدث بعد تكوين الشيء فاصابة الحنطة اثناء زراعتها بهواء يمنع تمام بلوغها الادراك حتى صارت رقيقة الحب آفة في الخلقة والتكوين، اما تسوسها وعفنها وبللها فأفة طارئة وكلا الحالتين تعتبر آفة عارضة ومن ثم فهي عيب طالما كان مما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة للشيء، والفطرة هي الخلقة على الطبيعة والتكوين . والعيب كما عرفنا هو ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة، فالسوس في الحبوب والوهن في اساس البناء، والكسر في الالة من العيوب لانها آفات عارضة مما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة لهذه الاشياء . اما اذا كانت الفطرة لا تخلو عن آفة او صفة تشوبها فان هذه الافة او تلك الصفة لا تعتبر عيبا فاذا كان هناك شيء تتردد فطرته السليمة بين الجودة والرداءة كما هو عليه الحال في الحبوب والخضروات والفواكه . ففي هذه الحالة لا تعد رداءة هذا الشيء عيبا فيه لان عدم الجودة

---

(1) البدائع، للكساني - الجزء الخامس - ص 281 .

ليس مما يخلو عنه الاصل الفطرة السليمة له ، ففطرته وطبيعته السليمة تقتضي ان يكون فيه الجيد والردئ مما هو مألوف في التعامل بين الناس، وعلى هذا الاساس لا يعد عيباً رداءة الحنطة او صغر حجم البرتقال او الحرارة البسيطة في الزبدة ، ورداءة الخشب المصنوع منه الاثاث، لان هذا كله مما لا تخلو عنه اصل الفطرة السليمة لهذه الاشياء (1) .

هكذا نجد ان تعريف العيب في الفقه الاسلامي كتعريفه في اللغة وهو" الافة العارضة التي يخلو اصل الفطرة السليمة" .

فما هو تعريف العيب في القانون ؟

المطلب الثاني : تعريف العيب في القانون .

لم يعرف القانون المدني الجزائرى العيب الذى الزم البائع بضمانه ، وانما ذكر شروطه فقط كما يتضح جليا من المادة 379 / 1 من هذا القانون حيث جاء فيها :" يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشترى او اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، او من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع ،

---

(1) انظر في هذا المعنى الدكتور اسعد دياب ـ المرجع السابق ـ ص30 / 31 .
الدكتور مصطفى الزرقاء :
شرح القانون المدني السورى ـ العقود المسماة ، عقد البيع والمقايضة ـ ط 1963 ـ ص 222 . 223 .

او حسبما يظهر من طبيعته او استعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها".

كذلك :لم يرد تعريف للعيب في القانون المدني المصرى سواء القديم او الجديد والذى يعتبر المصدر التاريخي للقانون المدني الجزائرى، فاغلب نصوصه ماخوذة ومنقولة عن القانون المصرى، والحال في عدم تعريف العيب، لم يقتصر على القانون المصرى والجزائرى بل جل القوانين العربية لم تعرف العيب انما ذكرت شروط ضمانه، وحتى القوانين الغربية هي الاخرى سارت على هذا النهج ومنها القانون المدني الفرنسي الذى اورد في المادة 1641 شروط ضمانه دون ان يعرف هذا العيب المضمون.

واذا استغنى التشريع عن تعريف العيب، واكتفى بتحديد شروط ضمانه فان كل من الفقه والقضاء قد حاول تعريف العيب الذى الزم البائع بضمانه بنص القانون. فعرفته محكمة النقض المصرية في ظل القانون المدني المصرى القديم في حكم لها صدر في 08 افريل 1948 بان العيب الموجب للضمان هو الافة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع" وعلى هذا الاساس جاء في حكمها" ان العيب الذى يترتب عليه دعوى ضمان العيوب الخفية وفقا للمادة 313 من القانون المدني هو الافة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع. فاذا كان ما يشكو منه المشترى هو ان المبيع وجد مصنوعا من مادة غير المادة المتفق عليها. فذلك لا يعتبر عيبا خفيا موجبا لضمانه"(1).

---

(1) انظر نقض مدني في 8 افريل 1948 مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس وعشرين عاما من اول نشاتها في سنة 1931 حتى ديسمبر 1955، الجزء الاول - ص 360.

./.

يتضح من هذا التعريف الذى اتت به محكمة النقض المصرية انها تأثرت بمفهوم العيب في الفقه الاسلامي ، بل يمكننا القول بأن هذا التعريف ماخوذ عن حاشية ابن عابدين حيث جاء فيها " ان العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة من الافات العارضة لها " (1) .

وتعريف ابن عابدين ادق من تعريف محكمة النقض المصرية لان العيب ليس بآفة طارئة دائما ، فقد يكون آفة في الخلقة كذلك ، زد على ذلك ان العيب ليس آفة تخلو عنها الفطرة السليمة انما هو آفة يخلو عنها اصل هذه الفطرة ، والفرق بين الحالتين واضح فالعيب اذا كان مما تخلو عنه الفطرة السليمة ، لكانت رداءة المبيع عيبا ، لان الرداءة مما يخلو عنها الفطرة السليمة ، اما اذا كان العيب مما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة ، فان الرداءة لا تعد عيبا على اساس ان اصل فطرة المبيع فيه الجيد وفيه الردئ .

ومن المعروف ان الرداءة ليست عيبا بمعنى الافة الامر الذى يستوجب تعريف العيب بما يخرجها عن مضمونه ، وهو ما يصلح له تعريف ابن عادين هذا ، ولا يصلح له تعريف محكمة النقض المصريسة .

وعرفته محكمة ليون الفرنسية تعريف يقترب من تعريف محكمة النقض المصرية فجاء في حكم صادر في 1952/2/18 ان العيب هو النقص الذى يصيب الشيء بشكل عارض ولا يوجد حتما في كل

---

(1) حاشية ابن عابدين - الجزء الرابع - ص 78 .

الاشياء المماثلة" On ne peut concidere comme un vice d'une chose vendu que les défauts qui l'affertent accidentellement et ne se rencontrent pas nécissairement dans toutes les choses de même nature (1).

اما الفقهاء فقد اوردوا عدة تعريفات للعيب الموجوب للضمان متأثرين في ذلك بتعريف محكمة النقض المصرية والفقه الاسلامي فعرفه الدكتور توفيق حسين فرج بقوله" اما العيب الخفي بحسب تعريف الفقه الاسلامي . ما تخلو عنه الفطرة السليمة، او هو حالة يخلو عنها الشيء عادة، لا تظهر عند البيع بفحص المبيع او يكون من شأنها ان تنقص من قيمته نقصا محسوسا، او تؤثر على الانتفاع به" (2) .

واما الدكتور عبد المنعم البدراوى فقد عرفه بعد ان ذكر تعريف محكمة النقض المصرية" . . . او هو نقيصه يقتضي العرف سلامة المبيع منها غالبا" (3) .

وعرفه عباس الصراف بعد ان اعتمد تعريف محكمة النقض المصرية للعيب اضاف" وعلى اية حال فكل ما يطرأ على الشيء من امر تفوت او تنقص به المنفعة المرجوة منها بحيث يؤدى ذلك الى نقصان قيمته عند التجار والخبراء، وكان الغالب في امثال الشيء عدم وجود هذا الامر يطلق عليه اسم العيب (4) .

---

(1) محكمة "ليون" في 1952/2/18 مجلة القصر Gaz pal 1951 - 1955 . تحت كلمة" بيع" قاعدة رقم 322 .

(2) الدكتور حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة - ط 1970 - ص 407 .

(3) الدكتور عبد المنعم البدراوى ، عقد البيع في القانون المدني - ط 1 - ف335 ص 501 .

(4) الدكتور عباس الصراف ، شرح عقد البيع والايجار في القانون المدني العراقي ط1956 - 245 .

اما الاستاذ مصطفى الزرقاء، فعرفه بانه" حالة يخلو عنها الشيء عادة وينقص وجودها من قيمته او نفعه" (1) .

وعرفه بعض الفقهاء الفرنسيين على انه" النقائص الموجودة في المبيع والتي لا تظهر عند فحصه والكشف عليه، والتي تمنع المشتري من استعماله وفقا للغاية المعد لها" (2) .

ويبدو من هذا التعريف الاخير ان الفقه الفرنسي والقضاء الفرنسي ايضا قد تأثرا بتعريف العيب الوارد في الشريعة الاسلامية ومحكمة النقض المصرية .

من خلال هذه التعريفات المختلفة التي اتى بها الفقهاء يتضح ان هؤلاء الفقهاء قد اجمعوا على ان العيب هو " ما يطرأ على الشيء المبيع وينقص من قيمته او نفعه او هو حالة تخلو عنها الشيء المبيع عادة والشيء الذى يطرأ على المبيع ويخلو منها هو الافة .

وعلى هذا الاساس يمكننا ان نقول" ان العيب الموجب للضمان هو آفة عارضة تخلو عنها الشيء المبيع في اصله، لا تظهر عند البيع بفحص المبيع ان وجدت به وهي تنقص من قيمته ومن الانتفاع به" اذا كان العيب هو "الافة" وهذا هو المسلم به فقها وقضاءا فهل هذا التعريف يتماشى مع المادة 379 / 1 مدني جزائري

---

(1) الدكتور مصطفى الزرقاء - المرجع السابق - ص 226 - فقرة 189 - هامش1 .

(2) MAZEAUD CH.(L. et J): Leçon de Droit civil.T.3. 1974. N° 978.P. 247.

./.

التي الزم المشرع فيهما البائع بضمان العيب والتي جاء فيهما على العموم ان البائع ملزم بالضمان في حالة تخلف صفة في المبيع وعد المشترى بتوفرها في المبيع وحالة وجود عيب ينقص من قيمته والانتفاع به .

ان هذا التعريف لا يغطي العيب بمفهومه في المادة 379 / 1 مدني جزائري لان هذه المادة تعطي للعيب مفهومين مفهوما عاما هو العيب بمعنى الافة العارضة والعيب بمعنى تخلف الصفة المشروطة في العقد ،ومفهوما خاصا ،بمعنى الافة العارضة" فالتعريف يقتصر على المفهوم الخاص دون العام واذا اردنا ان نعطي تعريفا عاما للعيب يشمل المفهومين معا لا بد ان نبحث في تخلف الصفة المشروطة في العقد هل هي عيب ينقص من قيمة المبيع ومن الانتفاع به ام انها غير ذلك ، هذا ما نبحثه فيما يلي تحت عنوان تحديد فكرة العيب الموجوب للضمان .

<u>المبحث الثاني</u> : تحديد معنى العيب الموجب للضمان .

عرفنا العيب الخفي بأنه " آفة عارضة يخلو عنها الشيء المبيع في اصله لا تظهر عند البيع بفحص المبيع ان وجدت به او هي تنقص من قيمته او من الانتفاع به ، فاذا كان بالمبيع عيب بهذا المعنى كان البائع ملزما دون اى شرط في العقد وينص القانون بضمان هذا العيب . لكن المشرع الجزائرى الزم البائع بالضمان في حالتين حالة وجود عيب في المبيع بمعنى الافة ،وحالة تخلف صفة في المبيع كفل البائع للمشترى وجودها وقت التسليم ، فجاء في نص المادة 379 / 1 مدني جزائرى ما يلي " يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى

./.

المشتري او اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته او من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع وحسبما يظهر من طبيعته او استعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها" فهل تخلف الصفة المشروطة في العقد يعتبر عيب كما يفهم من العبارة الاخيرة لنص المادة 379 / 1 مدني جزائري" . . . .فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب" ام انه ليس كذلك انما ادرجه المشرع ضمن احكام الضمان فقط كما يفهم من عموم نص المادة حيث نصت على الحالتين بصيغة العطف.

فقالت" يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشتري ، "او" اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته" وحرف العطف هنا "او" يقتضي المغايرة وبالتالي يؤدي الى اختلاف الحالتين عن بعضهما ؟

ان المشرع الجزائري اخذ نص هذه المادة من القانون المدني المصري الجديد وهي مطابقة للمادة 447 منه، ولو بحثنا في هذا القانون الذي يعتبر المصدر التاريخي للقانون المدني الجزائري لوجدنا ان المشرع المصري ادمج تخلف الصفة المشروطة في العقد ضمن احكام الضمان في القانون المدني الجديد، بينما القديم لم يكن يعتبر مثل هذه الصفة عيبا ولم يلزم البائع بضمانها ففي ظله اقتصر الضمان على العيب الخفي اي العيب بمعنى " الافة" التي تصيب المبيع وعلى ذلك نصت المادة 387/313 على ما يلي : "البائع ضامن للمشتري العيوب الخفية في المبيع اذا كانت تنقص القيمة التي اعتبرها المشتري، او تجعل المبيع غير صالح

./.

لاستعماله فيما اعد له" (1) وهو بهذا ترك تخلف الصفة المشروطة في العقد للقواعد العامة ولم يشملها باحكام الضمان . ولم يقتصر الوضع على التشريع فحسب، بل امتد الى القضاء، ففي ظل هذا القانون قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها صادر بتاريخ 8 افريل 1948، وهذا بعد ان عرفت العيب الموجب للضمان بأنه" الافة الطارئة التي تخلو عنها الفطرة السليمة للمبيع" جاء في الحكم" فاذا كان ما يشكو منه المشترى هو ان المبيع وجد مصنوعا من مادة غير المادة المتفق عليها . فذلك لا يعتبر عيبا خفيا موجبا لضمانه . فالحكم الذى يؤسس قضاؤه بالفسخ على القول بوجود عيب خفي في المبيع هو مخالفة المادة التي صنع منها المادة التي دلت عبارات العقد صراحة انها كانت الموضوع المعتبر فيه، يكون مخالفا للقانون متعينا نقضه (2) .

يتضح من هذا ان محكمة النقض المصرية (القضاء المصرى) لم تكن تعتبر تخلف الصفة المشروطة في العقد عيبا موجبا للضمان وبالتالي لم يشملها باحكام الضمان انما تركها للقواعد العامة التي يطبقها عند تحققها .

---

(1) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدني المصرى ـ الجزء الرابع ـ ص 110 ـ 111 .

(2) نقض مدني في 8 افريل 1948 ـ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض سنة 1931 الى 1955 ـ الجزء الاول، ص 360 .

./.

ان القانون المدني المصرى القديم ساير في هذا احكام الشريعة الاسلامية التي لا تعتبر تخلف الصفة المشروطة في العقد عيبا خفيا بمعنى الافة. فهذه تفرق بين خيار العيب بمعنى الافة العارضة وخيار الوصف بمعنى تخلف الصفة المشروطة في العقد. وان كان فقهاءها يتعرضون لضمان فوات الوصف عند الكلام عن خيار العيب (1). فالخياران يختلفان مفهوما وحكما.

فمن حيث المفهوم ليس فوات الوصف من قبيل العيب ولا يشمله تعريفه كما سبق وان راينا لان العيب يجب ان يخلو الشيء عنه عادة اى في اغلب الاحوال لكي يعتبر وجوده على خلاف المعتاد عارض نقص بينما فوات الوصف او تخلف الصفة المشروطة في العقد لا يعد عيبا في اصله، اما من حيث الحكم، فلا يضمن البائع فوات الوصف في المبيع، ولا يثبت للمشترى خيار الوصف ما لم يكن ذلك الوصف مشروطا في العقد، فعندئذ يكون فواته مضمونا على البائع، بخلاف العيب. فان ضمانه من مقتضيات عقد البيع فيلتزم به البائع دون حاجة الى شرط في العقد (2). وبما ان خيار الوصف في الشريعة الاسلامية لا يثبت للمشترى الا اذا اشترط

---

(1) انظر حاشية ابن عابدين - الجزء الرابع - ص 98.
حاشية الدسوقي، الشرح الكبير للدردير، الجزء 3 - ص 93.
حاشية القيلوبي - الجزء الثاني - ص 197.
حاشية المغني لابن قدامة - الجزء الرابع - ص 98.

(2) مصطفى الزرقاء - المرجع السابق - ص 228 - فقرة 191.

./.

هذا الوصف صراحة في العقد ،اوجرى العرف على اشتراط هذا الوصف ـ لان المعروف عرفا كالمشروط شرطا ـ فانه يسرى عليه ما يسرى على الشروط بصفة عامة ،فمثلا اذا كان الشرط يتضمن صفة يعتبر الشرط معها متعارضا مع الشرع ،فلو اشترى ديكا على ان يكون نطاحا ،فلا خيار للمشترى ،وكذلك الحال اذا كان الشرط لا يمكن الوفاء به كما لو اشترى ديكا على ان يوقظه وقت الصلاة ،اما اذا كان الشرط صحيحا شرعا ويمكن الوفاء به وكان يتضمن وصفا مرغوبا فيه للمبيع كان للمشترى الخيار . خيار فوات الوصف" فله الحق في فسخ البيع . والرجوع بالثمن او الرضا بالمبيع ولا شيء له (1) .

والتشريع الفرنسي هو الاخر استبعد تخلف الصفة المشروطة في العقد عن احكام ضمان العيب الخفي وذلك عندما نص صراحة في المادة 1641 مدني فرنسي "على ان البائع يلزم بالضمان بسبب العيب الخفي في الشيء المبيع (2) ويعبر المشرع الفرنسي عن العيب الخفي تارة بكلمة" "واخرى بكلمة" "

(1) المغني لابن قدامة : الجزء الرابع ـ ص 139 .

(2) Aubry et Ron/ Cours de droit civil français.T.V.N°355 P.106."l'absence seul de certaines qualites de la chose vendue ne constitue pas un vice de nature à donner lieu à l'action redhibitoire mais si la qualité qui fait défaut avait formé une condition expresse au tacite de la vente " celle-ci serait susptible d'être annulée pour cause d'érreur".

./.

وهما في الواقع يؤديان الى نفس المعنى وهي الافة التي تصيب المبيع ،فتنقص من قيمته . وتجعله غير صالح للاستعمال فاذا تحقق مثل هذا العيب كان البائع ملزما بالضمان طبقا لاحكام الضمان الخاصة بالعيب الخفي الواردة في المادة1641، واما في حالة تخلف الصفة المشروطة في العقد ،وهي ما يعبر عنها بالفرنسية l'absence de certains qualités فان البائع لا يلزم بضمانها طبقا لاحكام ضمان العيب الخفي ،انما تطبق عليها القواعد العامة .

ويرى شراح القانون الفرنسي ان عدم توفر صفة في المبيع لا يمكن اعتباره عيبا موجبا للضمان ولكن اذا توفرت شروط الغلط عند تخلف الصفة المشروطة في العقد ،امكن طلب ابطال العقد على اساس الغلط . ولا يحق للمشترى الرجوع على البائع بالضمان (1)

ولكن بعض هؤلاء الشراح بعد ان اكدوا أن تخلف الصفة المشروطة في العقد لا يعد عيبا موجبا للضمان ،انما قد يكون غلطا ان توافرت شروطه منحوا للمشترى في حالة تخلف الصفة التي ضمن له البائع وجودها في المبيع، الحق في الرجوع عليه بالضمان ،ولكنهم لم يصرحوا بان الرجوع بالضمان في هذه الحالة يكون على اساس ضمان العيب(2)

---

(1) BEUDANE. Cour de droit civil français 1èr édition.T.13 = " la vente et louage de chose" par BERTHE de la GRESSAYE. P. Loz.N° 253" donc il faut qu'il s'agisse de vice de défaut l'absences de certaines qualités, même entreuves et prisis en considération par les parties, ne constitue pas une vice redhibitoire il poura en resulter une erreure de nature à motiver l'action en nulité.

(2) A.BRY et Rau.Op.Cit.P.106 N° 355.

./.

واذا كان تخلف الصفقة المشروطة في العقد لا يعد عيبا في القانون المدني الفرنسي ولا تنطبق عليه احكام الضمان الخاصة بالعيب الخفي ، فما هو الضمان الذي منحه هؤلاء الفقهاء للمشتري، وعلى اي اساس يكون رجوعه على البائع بالضمان ؟. ان رجوع المشتري بالضمان على البائع في هذه الحالة يكون على اساس الضمان الاتفاقي ، لاننا لو طبقنا احكام ضمان العيب ... خاصة فيما يتعلق بما يرجع به المشتري على البائع ـ فان ذلك يوفر الحماية الكافية للمشتري . ذلك ان ضمان العيب لا يعطي المشتري في القانون الفرنسي الحق بالرجوع بالتعويض كاملا ، الا اذا كان البائع عالما بالعيب . وعلى ذلك فان المشتري في هذه الصورة التي نحن بصددها لا يكون له الحق في طلب التعويض الا اذا كان البائع وقت ضمانه لوجود الصفة عالما بتخلفها ، وهذه النتيجة لا تتفق مع اساس الرجوع وهو الضمان الاتفاقي . اذ يجب ان يتحمل البائع كل ما لحق المشتري من ضرر وما فاته من كسب بسبب ما توفر لديه من ثقة بسبب تعهد البائع (1). وعليه فان ما قال به هؤلاء الفقهاء من الفرق انهم يقصدون الضمان الخاص بالعيب .. لا يوفر الحماية الكافية للمشتري في راينا ولا يمنحه الحق في تعويض كاملا ، ولذلك فان القواعد العامة هي وحدها الكفيلة بمنحه الحق في التعويض كاملا .

---

(1) انظر : منصور مصطفى منصور ، " تحديد فكرة العيب الموجب للضمان " بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، جامعة عين شمس السنة الاولى 1959 العدد الثاني ص. 566 . 567 .وراجع في هذا المعنى ايضا اسعد دياب ـ المرجع السابق ـ ص. 83 و 84 .

وخلاصة القول ان تخلف الصفة المشروطة في العقد او التي كفل البائع وجودها للمشترى لا تعتبر عيبا ولا يدخل بحسب الاصل في مفهوم العيب الخفي الا اذا اراد المشرع ذلك، وهذا ما فعله المشرع الجزائرى، منتهجا في ذلك نهج القوانين الحديثة التي تحرص على تطبيق احكام ضمان العيب الخفي على تخلف الصفة المشروطة في العقد بنصها صراحة على ذلك. وبذلك يصبح للعيب مفهومان مفهوم عام ويشمل العيب بمعنى الافة العارضة والعيب بمعنى تخلف الصفة المشروطة في العقد، ومفهوم خاص ويقتصر على العيب بمعنى الافة العارضة وهذا هو اصل العيب الذى الزم البائع بضمانه.

اذا وصلنا الى هذه النتيجة، وهي ان تخلف الصفة المشروطة في العقد في التقنين المدني الجزائرى تعد عيبا ويلزم البائع بضمانه طبقا لاحكام الضمان الخاصة بالعيب الخفي، فهل هذه الاحكام يمكن تطبيقها على تخلف الوصف ام انها تتعارض وطبيعته؟

هذا ما سنتناوله بالبحث في الفصل الثاني من هذا الباب.

./.

الفصل الثالث

شروط قيام ضمان العيب الخفي وتخلف الصفة

انتهينا في المبحث الثاني من الفصل الاول من هذا الباب بان البائع لا يضمن للمشترى خلو المبيع من العيوب التي تنقص من قيمته فقط انما يضمن ايضا وجود الصفة التي تعهد للمشتري وجودها في المبيع وذلك طبقا لنص المادة 379 / 1 مدني جزائرى الذى جاء فيه" يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشترى او اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته او من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع او حسبما يظهر من طبيعته او استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها" .

ويتضح من هذا النص ان البائع يكون ملزما بالضمان في حالتين مختلفتين من حيث الموضوع الذى يضمنه البائع . ففي الحالة الاولى يضمن عدم وجود العيب في المبيع وفي الحالة الثانية فانه يضمن وجود صفة معينة في المبيع . مع انه في الحالتين لا يقدم الضمان ولا يلزم به البائع الا اذا توافرت شروط معينة عددها ونص عليها المشرع، ولذلك سنتناول بحث هذه الشروط لكلا الحالتين ضمن مبحثين مستقلين .

./.

حيث نتضمن الاول لشروط قيام ضمان العيب الخفي اى الافة العارضة ويحتوى الثاني شروط قيام ضمان تخلف الوصف او الصفة المشروطة في العقد .

المبحث الاول : شروط قيام ضمان العيب بمعنى الافة العارضة .

ان مجرد وجود اى عيب في المبيع لا يوءدى الى تحقق الضمان انما يقتضي الامر توفر شروط محددة في العيب ذاته . واذا كان من المعروف ان الضمان وجد لحماية المشترى ،فلا يعني هذا حماية خفته وتسرعه وعدم تبصره ،فشرط الحماية يستوجب ان يكون الخفاء في العيب وليس انعدام البصر لدى المشترى وحتى نحمي المشترى من ظلم البائع ،وفي نفس الوقت نحمي البائع من تعسف المشترى ،وحتى يبقى العقد قائما بين المشترى والبائع ،والثقة موجودة بينهما ،والاستقرار قائم في نطاق المعاملات، لا بد من وضع شروط موضوعية تكون الحد الفاصل بين المتعاقدين في مجال الضمان فلا نتساهل فيها . فيستغلها المشترى السيء النية او المهمل على حساب البائع ولا نكثر منها ونتشدد فيها فتكون لمصلحة البائع على حساب المشترى وهذا يخل بالتوازن العقدى . ولحسم الموضوع لا بد من وضع شروط تكون في صالح البائع والمشترى لدعم الثقة والرابطة التعاقدية واستقرار المعاملات ومن اجل هذا اوجب المشرع الجزائرى ضرورة توفر بعض الشروط لكي يتحقق الضمان ويلزم البائع به . فجاء في نص المادة 379 من التقنين المدني الجزائرى ما يلي " يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يشمل

./.

المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشترى، او اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته او من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه. حسبما هو مذكور بعقد البيع او حسبما يظهر من طبيعته او استعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها. غير ان البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشترى على علم بها وقت البيع او كان في استطاعته ان يطلع عليها لو انه فحص المبيع بعناية الرجل العادى، الا اذا اثبت المشترى ان البائع اكد له خلو المبيع من تلك العيوب او انه اخفاها غشا منه".

من خلال نص هذه المادة يمكننا القول ان العيب الموجب للضمان هو العيب الذى ينقص من قيمة المبيع او من نفعه، والعيب الذى لا يستطيع المشترى اكتشافه بالفحص العادى الذى يقوم به الرجل العادى ويكون هذا العيب موجودا في وقت معين ولا يعلم به المشترى .

بمعنى اخر ان العيب الموجب للضمان لا بد ان يكون مؤثرا وقديما وغير معلوم للمشترى اى خفيا .

والى جانب هذه الشروط المتعلقة بالعيب ذاته، هناك شرط اخر يتعلق بالبيع الذى يتولد عنه الالتزام بالضمان وهذا الشرط نصت عليه المادة 385 مدني جزائرى حيث قالت" لا ضمان في البيوع القضائية ولا الادارية اذا كانت بالمزاد، فمن هذه المادة نستخلص الشرط الرابع في قيام الضمان وهو ان يكون البيع منشئا

./.

للالتزام بالضمان . وندرس هذه الشروط الاربعة بالترتيب ضمن مطالب اربعة .

المطلب الاول : ان يكون العيب مؤثرا .

يشترط في العيب بمعنى الافة ان يكون مؤثرا وهذا الشرط يستخلص من نص المادة 379 / 1 مدني جزائرى التي جاء فيها "يكون البائع ملزما بالضمان . . . . .اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته او من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع،او حسبما يظهر من طبيعته او استعماله". فالعيب يكون مؤثرا اذا انقص من قيمة المبيع او من نفعه والنقص في القيمة وفي المنفعة موضوعان مختلفان، ذلك ان العيب يمكن ان ينقص من قيمة الشيء المادية دون ان ينقص من نفعه كأن يشترى شخص سيارة صالحة للسير ولجميع الاغراض المقصودة منها لكن في مقاعدها او في اقسام اخرى منها ،عيب من شأنه ان يؤدى الى تخفيض في قيمتها تخفيضا محسوسا ،او انه على العكس ينقص من نفعه دون ان ينقص من قيمته ،كأن يشترى شخص آلة ميكانيكية فيها عيب خفي يجعلها غير صالحة لبعض المنافع دون ان يؤدى ذلك الى النقص من قيمتها المادية (1) .

---

(1) انظر الدكتور اسعد دياب ـ المرجع السابق ـ ص 55 .
عبد الرزاق السنهورى ـ المرجع السابق ـ ص 718 .

./.

اولا - ان ينقص العيب من قيمة المبيع المادية :-

ان النقص الوارد في المادة 379 / 1 مدني جزائر يقصد به النقص في القيمة المادية للشيء المبيع وليس النقص في مقدار المبيع ذلك ان النقص في مقدار المبيع يؤدى الى اعتبار البائع مخلا بالتزامه بتسليم المقدار والكمية المتفق عليهما في العقد اما بالنسبة للنقص في قيمة المبيع المادية فيفترض ان البائع قد سلم الكمية المتفق عليهما في العقد غاية ما في الامر ان لهذا المبيع عيب انقص من قيمته المادية واذا كان النقص في مقدار المبيع يختلف عن النقص من قيمة المبيع المادية بسبب عيب فيه . فان الجزاء ايضا يختلف . ففي حالة النقص في المقدار تكون بصدد اخلال البائع لالتزامه بالتسليم ويترتب عن هذا حق المشترى في طلب فسخ العقد طبقا للقواعد العامة . بينما في حالة النقص في القيمة المادية بسبب العيب الخفي فاننا نكون بصدد اخلال بالتزام بالضمان (العيب الخفي) ويترتب عن هذا حق المشترى في الرجوع على البائع بالضمان (1) .

اذا كان المشرع الجزائرى قد اكد في المادة 379 / 1 ان النقص المقصود هو النقص في قيمة المبيع المادية ، فانه لم يحدد درجة هذا النقص حتى يعتبر العيب موثرا في المبيع ويقوم الضمان فهل يكفي اى نقص في القيمة حتى يدخل العيب في الاعتبار ؟

---

(1) انظر / حسن فرج - المرجع السابق - ص 427 هامش (2) .
ايضا : Planiol.Ripert et Hamel, Traité pratique de droit civil français 2ème éd. T. VI N° 129 page 142.

هامش: Aubry et Ran, cours de droit civil N°355 bis.M(6)

./.

يساير المشرع الجزائرى في هذا المشرع المصرى ، وهذا الاخير لم يحدد في نص المادة 447 مدني مصرى درجة النقص في قيمة المبيع حتى يعتبر العيب مؤثرا في المبيع ، وهذا خلافا لبعض القوانين التي حددت هذه الدرجة بنصوص واضحة (1) وامام سكوت النص المصرى عن درجة تاثير العيب في قيمة المبيع يرى بعض الفقهاء في مصر ، انه حتى يعتبر العيب مؤثرا في قيمة المبيع لا بد ان يؤدى الى نقص محسوس في قيمة المبيع حتى يقوم الضمان ونهذا نضمن الاستقرار في نطاق المعاملات (2) .

ونرى ان شرط تاثير العيب بدرجة محسوسة في قيمة المبيع المادية غير ضرورى بالنسبة للقانون الجزائرى والمصرى ذلك ان مثل هذا الشرط يتعارض مع حق المشترى في الرجوع بالضمان على البائع ، فنص المادة 376 مدني جزائرى الخاصة بضمان الاستحقاق الجزئي والتي تحيلنا اليها المادة 381 مدني جزائرى الخاصة بضمان العيب تمنح للمشترى حق الرجوع بالضمان على البائع سواء كان الاستحقاق كليا او جزئيا ، وعند تطبيق هذا الحكم في حالة العيب الخفي وهذا هو المطلوب فان المشترى يعود على البائع بالضمان سواء كان العيب مؤثرا في المبيع بدرجة محسوسة او غير مؤثر . غاية ما في الامر ان حق المشترى في الضمان يختلف في الحالتين ، ففي الاولى يكون له الحق في رد

---

(1) انظر المادة 442 قانون لبناني التي اشترطت ان يكون النقص في قيمة المبيع محسوسا واما النقص اليسير غير المحسوس فانه لا يوجب الضمان .

(2) انظر عبد الرزاق السنهورى - المرجع السابق - ص 718 - حسن فرج المرجع السابق - ص 427 .

./.

المبيع كله واسترجاع قيمته ، واما في الحالة الثانية فلا يكون له سوى الحق في طلب التعويض، فاذا اشترطنا الدرجة المحسوسة في تاثير العيب على قيمة المبيع نقع في تناقض مع ما نص عليه المشرع من جهة ونحرم المشترى من حق ممنوح له بنص القانون من جهة اخرى . اما اذا سلمنا بما نص عليه المشرع فانه يؤدى بنا الى نتيجة سلبية بحيث تجعل في يد المشترى سلاحا قويا ضد البائع . فحق المشترى في الرجوع على البائع بالضمان طبقا لاحكام المادة 376 مدني جزائرى يستعمله ويتمسك به حتى في حالة العيب التافه ، ولا يستطيع ان يمنعه احد من ذلك ما دام المشرع منحه حق الرجوع بالضمان على البائع في حالة العيب غير الجسيم غير المحسوس، والقول بهذا يؤدى الى عدم الاستقرار في المعاملات . ولتفادى هذا التناقض بين احكام الضمان وشروط الضمان نقترح تعديلا في نصوص الضمان في القانون المدني الجزائرى كالتالي :-

1 - اما تحديد درجة تاثير العيب في الشيء من حيث النقص في قيمته وفي هذه الحالة لا بد من استبعاد تطبيق نص المادة 376 مدني جزائرى حتى لا نقع في تناقض يتمثل في منح المشترى حقا وفي نفس الوقت نحرمه منه .

2 - اما ان نبقي احكام الضمان كما هي منصوص عليها في المادة 1/379 و 376 مدني جزائرى ، ونضيف نصا جديدا يمهد الالتباس في احكام الضمان ويبث الاستقرار في المعاملات وهو النص على انه " لا ضمان في العيوب المتسامح فيها عرفا "

./.

ومن البديهي ان معظم العيوب المتسامح فيها عرفا عيوب تافهة غير مؤثرة في المبيع . فبمثل هذا النص نجعل حدا لحقوق كل من البائع والمشتري في الرجوع بالضمان .

ثانيا - ان ينقص العيب من الانتفاع بالمبيع :-

يكون العيب مؤثرا في الشيء المبيع اذا نقص من منفعته ، والنقص في المنفعة يرجع فيه الى الغاية المقصودة من المبيع وتتحدد هذه الغاية باحد الضوابط الثلاثة التي اوردها المشرع في متن المادة 379 / 1 مدني جزائري حيث قال" . . . . . او اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته او من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع ،او حسبما يظهر من طبيعته او استعماله" فالضابط الاول : هو نقص منفعة المبيع حسبما هو مبين في عقد البيع ،فقد يذكر المتبايعان في العقد شيئا عن الغرض المطلوب في المبيع ،وعندئذ تتحدد منفعة المبيع على اساس ما هو مبين في العقد ،وعبارة" مبين في العقد" تشير الى ان يكون الغرض الذي يمثله المبيع داخلا في نطاق العقد معلوما من الطرفين . فلا يكفي ان ينفرد المشتري وحده بالعلم بهذا الغرض والا ما استطاع الرجوع على البائع بالضمان (1) .

---

(1) انظر، حسن فرج - المرجع السابق - ص 430 هامش (1) .
عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص 719 هامش(1) .
اسعد دياب - المرجع السابق - ص 64 .
منصور مصطفى منصور في بحثه المشار اليه سابقا - ص569 فقرة7 .

./.

وتحديد الغاية المقصودة من المبيع في عقد البيع يكون غالبا في الحالات التي يريد المشترى ان يخصص المبيع لغرض خاص اى غير الغرض المادى الذى اعد له المبيع بحسب طبيعته ولهذا اذا رغب المشترى في استعمال الشيء استعمالا خاصا غير الاستعمال المادى الذى اعد له بحسب طبيعته وجب عليه ان يخطر البائع بما يرغب فيه من استعمال الشيء . والا ما كان له الحق في مطالبته بالضمان (1) ،فمن يشترى آلة تقطير لصناعة"الجمعة" تعمل بصورة عادية ،وتقتل الجراثيم،ولكنها بالنسبة الى " الجمعة" تترك خميرة حامضة فيها تضر بحفظها لا يحق له المطالبة بالضمان الا اذا صرح بأنه يشترى الالة من اجل صنع" الجمعة" لان هذا الاستعمال هو خاص لم تعد له بصورة عادية تلك الالة (2) ومن يشترى سيارة للركوب قاصدا استعمالها لقطر مقطورة او مركبة اخرى لا يملك حق مطالبة البائع بالضمان اذا لم يصرح للبائع وقت العقد بالغاية التي يقصدها من هذا الشراء ،ومن يشترى ساعة مكتب ليستعملها في توقيت المباريات الرياضية لا يستطيع الادعاء بالضمان ان لم يصرح للبائع وقت البيع بوجهة الاستعمال هذه التي تستوجب دقة لا تتوفر في ساعات المكتب العادية (3) .

---

(1) AUDRY Rau N° 355.
MAZEAUD. P.833-834 N° 981.

حكم لمحكمة" روان" في 31 ماى 1938 ،اشير اليه في مازو - المرجع السابق رقم 981 هامش 9 . واشار اليه دياب - ص 64 هامش 3
حسن فرج - المرجع السابق - ص 431 هامش 3 .

(2) اسعد دياب - المرجع السابق - ص 64 - 65 .

./.

اذا لم يخطر المشترى البائع بالغرض المقصود من المبيع ولم يفصح عن رغبته في استعمال الشيء استعمالا خاصا ،او لم يتفق في العقد عن هذا الغرض الخاص،فانه ينبغي ان يدخل في الاعتبار ما اعد له الشيء بحسب طبيعته (1) . وهذا هو الضابط الثاني الذى وضعه المشرع الجزائرى في المادة 379 / 1 في تحديد نقص منفعة المبيع بحسب الغاية المقصودة منه حسبما يظهر من طبيعته .

الضابط الثاني : نقص منفعة المبيع بحسب ما هو ظاهر من طبيعته (اي المبيع) : ان طبيعة الشيء هي التي تملي المنافع المقصودة منه ،وهي التي تحدد العيوب التي تخل بهذه المنافع، فالشيء قد يعد بحسب ماهيته وطبيعته لاداء غرض معين وتحقيق منفعة معينة،فاذا كان من شأن العيب عدم امكان تحقيق هذا الغرض وهذه المنفعة كان العيب موجبا للضمان متى توافرت باقي الشروط الاخرى ،وهذا يختلف بحسب نوعية المبيع، فمثلا نسبة معينة من الاتربة تعيب الدقيق ،ولكنها لا تعيب القمح لان طبيعة الدقيق ان يكون خاليا من الاتربة بخلاف القمح . والمحل العام كمقهى او فندق ،تقتضي طبيعته ان يكون له رخصة فاذا سحبت هذه الرخصة كان هذا عيبا موءثرا في منفعته اذا بيع . ودرجة ملوحة الارض الزراعية تعتبر عيبا بخلاف اراضي البناء .

---

(1) Baudry et Saignat, traité théorique et pratique de droit civil 3è éd.T.XIX " de la vente et de l'échange N° 417.
Planiol Ripert et Hamel.T.10 page 134. 2. هامش
ايضا حسن فرج ـ المرجع السابق ـ ص 431 .
عبد الرزاق السنهورى ـ المرجع السابق ـ ص 720 .

وعدم صلابة الارض عيب في اراضي البناء بخلاف الاراضي الزراعية (1)، وهكذا تكتشف طبيعة المبيع عن المنافع المقصودة منه .

وبالاضافة الى طبيعة المبيع في تحديد نقص منفعته، يمكننا ان نحدد نقص منفعته ايضا عن طريق وجهة استعماله، وهو الضابط الثالث الذى اورده المشرع الجزائرى في المادة 379 / 1 .

- الضابط الثالث : نقص منفعة المبيع حسبما يظهر من استعماله :
ان نقص منفعة المبيع حسبما يظهر من استعماله (ونعني بالاستعمال هنا الاستعمال المادى للشيء، وليس الاستعمال الخاص الذى يريده المشترى والذى يشترط فيه حتى يعتد به ان يكون منصوصا عليه في العقد، ومعلوما لدى البائع) ، يقصد به نقص منفعة المبيع بحسب الغرض المعد له . وهذا الغرض يستمد من ذات المبيع كأن تكون سيارة شاحنة مجهزة بجهاز للتبريد يجعلها معدة لنقل اللحوم او الخضار" واما ان يستمد من المالوف بين الناس في التعامل، كتعارف الناس على استعمال الانية والادوات في غرضها الاصلي (2)، فالاستعمال او الغرض المعد له المبيع قد يكشف عن المنافع المقصودة منه . وعلى ذلك فقد يكون عيبا ينقص من منفعة المبيع حسبما يظهر من استعماله او الغرض المعد له، درجة

---

(1) انظر، اسعد دياب - المرجع السابق - ص 63 .
منصور مصطفى منصور، في بحثه المشار اليه سابقا - ص 570 هامش 3 .
(2) انظر جاك يوسف الحكيم - عقد البيع - ط 1970 ص 331 فقرة 380 رقم 1
اسعد دياب - المرجع السابق - ص 63 .

./.

خصوصية الارض ونوع تربتها اذا كانت هذه الارض قد اعدت لزراعة الفاكهة او الزهور .

بينما لا تعتبر عيبا لو ان هذه الارض اعدت لغير ذلك من انواع الزراعة ، فقوة الحصان المباع ودرجة عدوه عيبا فيه اذا كان معدا للسباق . بينما لا يعتبر كذلك اذا كان معدا للركوب المادى او جر العربات (1) .

واذا كان المشرع الجزائرى قد نص في المادة 379 / 1 مدني جزائرى على ان الغاية المقصودة من المبيع تستفاد مما هو مبين في العقد او من طبيعة المبيع او من استعماله ، فمعنى ذلك ان هذه الغاية يحددها معيار موضوعي في الاصل لا يرجع فيه الى غرض المشترى من شراء المبيع ، وانما يرجع فيه الى تلك الضوابط الثلاثة التي نص عليها في المادة 379 / 1 مدني جزائرى ، وبالنسبة للضابط الاول يلاحظ ان العقد قد يتضمن ما يشير الى غرض المشترى من شراء المبيع لكن العبرة في هذه الحالة بما يكون متفقا عليه بين المتبايعين بحيث اذا قصد المشترى ان ينتفع بالمبيع انتفاعا خاصا لا يمكن استخلاصه من الاتفاق المبين في العقد صراحة او ضمنا فلا عبرة بهذا القصد . انما العبرة بما ورد في العقد ، وبذلك فان المعيار هنا ايضا معيار مادي محض وليس شخصيا (2) .

---

(1) انظر ، منصور مصطفى منصور في بحثه المشار اليه - ص 571 في الهامش.
عبد الرزاق السنهورى - المرجع السابق - ص 721 .

(2) جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المصرى ، الذى نقل عنه المشرع الجزائرى ، فيما يخص معايير تحديد الغاية المقصودة من
ه / . / .

ولـم يشتـــرط المشـــرع الجزائـــرى درجـة معينـة يبلـغ اليهـا تاثيـــر العيـــب فـي المبيـــع، اى يبلـــغ اليهـا النقـص فـي قيمـة المبيـــع او فـــي نفعـه بسبب العيب حتـى يعتبـر هـذا العيـب موئثـرا . كمـــا انــه لـم ينـص علـى اسقـاط الضمـان فـي حالـة العيـوب المتسامـح فيهـا عـرفـــا ، كما فعـل المشـرع المصـرى ، والتـي فـي اصلهـا غالبـــا ما تكـون عيـوبـا يسيـرة تـافهـة . لـذا وطبقـا لا حكـام التقنيـن المدنـي الجزائـرى فـان البائـع يكـون ملـزمـا بالضمـان بمجـرد ما يتوفـر فـي المبيـع عيـب ينقـص مـن قيمتـه او نفعـه ، سـواء كانـت درجـة التـاثيـــر جسيمـة او غيـر جسيمـة ، وقـد جـرى الفقـه المصـرى (1) علـى ان يعتبـر النقص فـي قيمـة المبيـــع او فـي نفعـه جسيمـا اذا بلـغ حـدا لو علمه الشخـص العـادى لما اشتـرى المبيـع ، او اشتـراه بثمـن اقـل . فمعيـار الجسامة

= المبيـع بمـا يلـي : " ويرجـع فـي تقديـر ذلك الى معيـار مادى ، فينظـر الى قصد المتعاقديـن كما هـو مبيـن فـي العقد ، اى الارادة الظاهـرة ، والـى طبيعـة الشيء والى الغـرض الـذى اعـد لـه " الاعمـال التحضيريـة الجزء 4 ص 110 .

وهناك خلاف في الفقه المصرى حول معيار الضابط الاول فهناك من يرى ان المعيار مادى موضوعي محض كما اوضحته المذكرة الايضاحية ، السنهورى ، عقـد البيع - ص 718 . حسن فرج - المرجع السابق - ص 431 - 432 . منصـور مصطفى منصور بحثه المشار اليه - ص 570 . مرقص - المرجع السابق - ص 414 . وهناك من يـرى ان المعيار في هذا الضابط لا يمكن ان يكون ماديا جميـل الشرقاوى - محاضرات في عقد البيع في القانون المدني المصرى - ط 1956 . ص 275 هامش 1 .

(1) انظر انور سلطان والعدوى ، عقد البيع - ط 1966 رقم 488 .
عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق - فقرة 340 . الدكتور محمد حسنين عقد البيع في القانون المدني الجزائرى - ط 1983 - ص 161 . منصورمصطفى منصور في بحثه المشار اليه سابقا ، ص 564 .

= ./.

موضوعي يرجع فيه الى اعتبار الشخص المادى لا الى اعتبار المشترى ، ذلك لان المشرع ياخذ كما راينا بمعيار موضوعي بالنسبة الى تحديد العيب المؤثر والغاية المقصودة من المبيع .

اما العيب الذى ينقص من قيمة المبيع او من نفعه نقصا يسيرا هو العيب الذى يلحق ضررا بالمشترى ويكون ضررا تافهما ورغم عدم جسامة العيب فان البائع ملزم بضمانه حسب المادة 376 مدني جزائرى .

وتقدير ما اذا كان العيب مما ينقص من قيمة المبيع او من نفعه نقصا جسيما او يسيرا من المسائل الموضوعية التي تستقل محكمة الموضوع بالفصل فيها . والاصل الظاهر ان المبيع سليم من العيوب فاذا ادعى المشترى ان به عيبا مؤثرا كان مدعيا خلاف الظاهر فيقع عليه عبء اثبات وجود العيب وتاثيره في المبيع ، وهذه وقائع مادية يجوز للمشترى ان يثبتها بكافة طرق الاثبات .

= اخذ الفقهاء هذا الضابط عن القانون المدني الفرنسي حيث تنص المادة 1641 تقنين مدني فرنسي على ان البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية في المبيع التي تجعله غير صالح للاستعمال الذى يعد له او التي تنقص هذا الاستعمال الى حد ان المشترى ما كان يشتريه او ما كان يدفع فيه الا ثمن اقل لو علم بهما . ولذلك يعتبر العيب مؤثرا في القانون الفرنسي اذا كان يجعل المبيع غير صالح للاستعمال الذى اعد له او كان ينقص من هذا الاستعمال ، والعبرة بالاستعمال الذى يتفق عليه المتبايعان فاذا لم يكن هناك اتفاق فالعبرة بالاستعمال المادى للمبيع دون الاستعمال غير المادى الذى قد يقصده

./.

المطلب الثاني : ان يكون العيب قديما .

ان قدم العيب من ضمن الشروط الواجب توافرها لكي يتحقق الضمان ،وعلى المشترى عبء اثبات هذا القدم . ومعنى القدم ان يكون العيب موجودا في الشيء المبيع في وقت وتاريخ معين .

وشرط وجود العيب في وقت وتاريخ معين ،اى قدم العيب يستخلص من نص المادة 379 / 1 مدني جزائرى حيث نصت على انه: " يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشترى ،او اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته او من الانتفاع به" طبقا لهذا النص فان البائع يضمن عيب المبيع اذا كان موجودا وقت التسليم ،وتعني بالتسليم هنا التسليم الفعلي وليس التسليم الحكمي - سواء كان المبيع معينا بذاته او معينا بنوعه ،فالعيب اما ان يكون موجودا وقت البيع ويبقى الى حين التسليم ،وبذلك يكون موجودا وقت التسليم فيكون البائع ملزما بالضمان (اى بضمانه) واما ان يكون العيب قد حدث بعد البيع وقبل التسليم ويبقى الى حين التسليم فيكون ايضا موجودا وقت التسليم ،وهنا يلتزم البائع بضمانه ،وفي مثل هذه الحالة الاخيرة يفترض ان المبيع قد لحقه عيب خفي في الفترة ما بين البيع والتسليم وان المشترى عندما تسلم المبيع كان يجهل هذا العيب

= المشترى ولا يعلم به البائع ،فالمعيار مادى لا شخصي اما درجة تاثير العيب فهي ان يكون بحيث لو علمه المشترى ما كان يشتريه او ما كان يدفع فيه الا ثمنا اقل :

Baudry et saignat .N° 416.P. 424.
Planiol.Ripert et Hamel.N° 129.P.143.

./.

ومن ثم يكون العيب خفيا فيلتزم البائع بضمانه ، اما اذا كان العيب الذى لحق المبيع بعد العقد وقبل التسليم عيبا ظاهرا فالبائع ايضا يكون مسؤولا عن ضمانه ولكن الضمان هنا لا يكون طبقا لاحكام العيب الخفي لاننا لسنا بصدد عيب خفي ، انما هو عيب ظاهر وبذلك يضمنه البائع ولكن طبقا لاحكام تبعة الهلاك الجزئي المقرر في المادة 370 مدني جزائرى والتي تعطي للمشترى في حالة نقص قيمة المبيع لتلف اصابة وهو في يد البائع وقبل تسليمه للمشترى حق فسخ البيع او انقاص الثمن .

وقدم العيب طبقا لنص المادة 379 / 1 مدني جزائرى محدد تاريخه بوقت التسليم ، فاذا ثبت ان العيب كان موجودا في هذا الوقت قام الضمان على عاتق البائع ، وعبء اثباته على من يدعيه وهو عادة المشترى ، واذا فشل في ذلك او ثبت ان العيب طرأ بعد التسليم تحمل المشترى هلاكه طبقا لقواعد تبعة الهلاك .

والمشرع الجزائرى في هذا اخذ بما هو معمول به في الشريعة الاسلامية حيث ربط كما ربطت هي بين احكام ضمان العيب الخفي (خيار العيب) واحكام تبعة الهلاك ، فالشريعة الاسلامية ربطت بينهما عندما اعتبرت وقت تسليم المبيع كتاريخ لتحديد قدم العيب كما هو الشأن في تبعة الهلاك حيث وقت التسليم هو الذى يحدد على من تقع تبعة الهلاك فقررت ان العيب يعتبر قديما اذا كان ثابتا عند تسليم المبيع ، اى كان بالمبيع وقت البيع حتى وقت التسليم ، او حدث بالمبيع بعد البيع وبقي حتى وقت التسليم ؛ ذلك ان المبيع حتى وقت تسليمه يكون في يد البائع

./.

وتسليمه سليما من العيوب امر مشروط دلالة،فاذا شابه عيب قديم ثبت للمشترى خيار العيب. اما اذا حدث العيب بعد تسليم المبيع فلا يثبت خيار العيب لان المبيع سلم للمشترى سليما من العيوب فلم تفت فيه صفة السلامة المشروطة في العقد دلالة (1) .

وهكذا يظهر لنا جليا ان الفقه الاسلامي يجعل البائع مسوؤلا عن هلاك المبيع حتى وقت تسليمه ويجعل للمشترى خيار العيب اذا كان العيب قديما اى موجودا قبل تسليم المبيع للمشترى او موجودا عند تسليمه. ولهذا يربط الفقه الاسلامي بين تبعة الهلاك - هلاك المبيع - وبين شرط قدم العيب،اذ لا يعدو ان يكون العيب كما سبق وان راينا هلاكا لجزء من المبيع في اغلب الاحيان (2) .

---

(1) انظر البدائع للكساني ،الجزء الخامس - ص 275 المراد به (اى القدم) عيب كان عند البائع ولم يره المشترى عند البيع ولا عند القبض".
حاشية ابن عابدين ج 4 - ص 99 .
حاشية القيلوبي ج 2 - ص 197 .
محمد سلام مذكور - المدخل للفقه الاسلامي - الطبعة 4- 1389هـ1964م
حاشية الدسوقي - الجزء 3 - ص 93 .
المغني لابن قدامه - جـ4 - ص 135 (يثبت الخيار للمشترى بالعيب القديم ،وهو العيب الموجود عند العقد او عند التسليم فيما ضمانه على البائع" انظر ايضا في ص 148-149 من نفس المرجع .
عبد الرزاق الشنهورى - مصادر الحق في الفقه الاسلامي -ج 4 ص244 . 250-251 .

(2) انظر المادة 422 من مرشد الحيران فيما يتعلق بخيار العيب والمادة 366 فيما يتعلق تبعة الهلاك .
انظر ايضا منصور مصطفي منصور في بحثه السابق - ص 574 .

./.

ونفس الحكم قال به الاجتهاد الفرنسي (1) حيث هو الاخر ربط بين احكام الضمان وتبعة الهلاك، الا ان الاجتهاد الفرنسي يعتبر العيب قديما اذا وجد وقت انعقاد العقد اى وقت انتقال الملكية اما اذا طرأ العيب على المبيع بعد انعقاد العقد اى بعد انتقال الملكية وقبل التسليم، فانه لا يعتبر قديما وبالتالي فان البائع لا يضمنه، انما المشترى يتحمل هذا العيب الذى يعتبر بمثابة هلاك جزئي في المبيع طبقا لاحكام تبعة الهلاك في القانون الفرنسي التي ربطها المشرع بانتقال الملكية وليس بالتسليم خلافا لما هو الشان عليه في القانون الجزائرى والشريعة الاسلامية حيث تنتقل تبعة الهلاك بالتسليم لا بانتقال الملكية، ويفرق الاجتهاد الفرنسي في شرط القدم بين المبيع المعين بالذات ويعتد فيه بشرط القدم بتاريخ انعقاد العقد، لان الملكية في مثل هذا النوع تنتقل بمجرد ابرام العقد، وبذلك اذا وجد عيب في المبيع في هذه الفترة كان من ضمان البائع، اما اذا طرأ بعد العقد وانتقال الملكية فيتحمله المشترى طبقا لاحكام تبعة الهلاك، واما المبيع المعين بالنوع فيعتد فيه بشرط القدم بوقت الفرز لان عملية الفرز هي التي تحدد ذاتية المبيع وتمكن المشترى من فحصه وبعد الفرز تنتقل الملكية الى المشترى وتنتقل معها المخاطر وتصبح على عاتق المشترى، فاذا وجد عيب في هذه الفترة ضمنه البائع، اما اذا طرأ بعد الفرز والتسليم تحمله المشترى (2) .

---

(1) انظر l'aurent المرجع السابق بند 286 Baudry et Saignat المرجع السابق - 422 Aubry et Rau المرجع السابق بند 355 مكرر هامش (9) Bendant المرجع السابق - ص 205 Mazeaud المرجع السابق بند 984 - ص836 Planiol, Ripert, Hamel المرجع السابق من ص131 الى ص 147 .

(2) انظر نفس المراجع المشار اليها اعلاه .

./.

واذا كان المشرع المصرى كما يبدو من نص المادة 447 / 1 مدني مصرى قد ربط بين أحكام الضمان واحكام تبعة الهلاك . عندما اعتبر وقت التسليم هو التاريخ الذى يحدد قدم العيب في المبيع . فان الفقه المصرى قد اختلف حول تحديد الفترة او التاريخ الذى يعتبر فيه العيب قديما ، وسبب الخلاف يعود الى نص المادة 447 / 1 مدني مصرى التي يستخلص منها شرط القدم كشرط لقيام الضمان والذى حدده المشرع بوقت التسليم كما يبدو لنا لان هذه المادة عنها نقل المشرع الجزائرى المادة 379 / 1 مدني جزائرى التي منها استخلصنا شرط القدم الذى حددناه بوقت التسليم كما يفهم من نصها وحول هذا الموضوع انقسم الفقه الى فريقين : فريق يعتد بشرط القدم بتاريخ ابرام العقد ، وفريق يعتد بوقت التسليم ، ولكل حججه .

اما عن الفريق الاول (1) فيرى ان البائع في القانون المصرى لا يضمن عيب المبيع الا اذا كان موجودا وقت البيع ، وفي هذه الحالة يشترط فيه ان يكون المبيع معينا بذاته . اما اذا كان المبيع معينا بنوعه فلا يتصور ان يكون العيب بالمبيع وقت العقد لانه لا يوجد مبيع وقت العقد حتى يقال انه معيب ، ومن ثم يرجع في المبيع المعين بالنوع الى وقت افرازه . فان كان معيبا وقت افرازه كان البائع ضامنا له ، واما عن العيب الذى يطرأ على المبيع بعد الافراز وقبل التسليم في المبيع المعين

(1) انظر : سليمان مرقس - عقد البيع - ط1968 - ص412 . محمد لبيب نسب شرح احكام عقد البيع - ط1966 - ص215 . منصور مصطفى منصور في كتبه السابق ذكرها - ص575 و 579 . حسن فرج - المرجع السابق - ص 441 وما بعدها .

./.

بنوعه ،او الذى يطرأ بعد العقد وقبل التسليم في المبيع المعين بذاته ،فان البائع يضمنه ولكن الضمان هنا ليس ضمان العيوب الخفية ،انما يضمنه على اساس تحمل تبعة الهلاك لاننا بصدد هلاك جزئي للمبيع حصل قبل التسليم وطبقا لقواعد تحمل تبعة الهلاك فان البائع يكون مسؤولا عن تبعة هذا الهلاك ،والفرق بين الضمان للعيب الخفي ،وتحمل تبعة الهلاك الجزئي ،يكمن في ان الاولى يلتزم البائع فيها بتعويض المشترى عن الضرر الذى اصابه ،بينما لا يلتزم في الثانية بالتعويض انما يكون للمشترى قبله حق فسخ العقد او انقاص الثمن (1) .

ويستند اصحاب هذا الراى (2) الذى يعتد بشرط القدم بوقت ابرام العقد في المبيع المعين بالذات ووقت الفرز في المبيع المعين بالنوع الى نصوص ضمان العيب اى - كما قالوا - لم يشترط المشرع فيها صراحة ان يكون العيب موجودا وقت التسليم ،واذا كان نص المادة 447 / 1 مدني مصرى قد ذكر ان" البائع يلتزم بالضمان اذا لم يتوفر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشترى وجودها فيه ،او اذا كان بالمبيع عيب نقص من قيمته . . ." فان عبارة "وقت التسليم" تنصرف فحسب الى الصفات التي كفل البائع للمشترى وجودها في المبيع ولا تنصرف الى العيب بمعنى الافة العارضة ،

---

(1) انظر ،حسن فرج - المرجع السابق - ص 442 هامش (2) .
(2) انظر ،منصور مصطفى منصور ،البحث السابق - ص 576 .
سليمان مرقس، المرجع السابق ،ص 412 .
لبيب شنب، المرجع السابق ،ص 229 .

./.

او هي على الاقل غير قاطعة في انصرافها الى العيب بمعنى الافة وطالما دخلها الاحتمال فاننا نجد المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المصرى ترجح عدم انصرافها الى العيب بمعنى الافة العارضة ، لانها صرحت بان يكون العيب موجودا وقت البيع حتى يعتبر قديما ، وعندما استعرضت الفروق بين ضمان العيوب في القانون المدني المصرى الحالي والقانون المدني المصرى القديم ، لم تذكر شيئا عن هذا الشرط ، وكان القانون المدني القديم صريحا في ان العيب يعتبر قديما اذا كان موجودا وقت البيع واذا قيل بتفسير شرط القدم تفسيرا ينسق بينه وبين احكام تبعة الهلاك التي ترتبط بوقت التسليم ، بحيث يكون قدم العيب يعني وجوده حتى وقت التسليم ، فانه لا معنى لهذا التنسيق ، لان المشرع ذاته قد فرق بين احكام ضمان العيب الخفي وبين احكام تبعة الهلاك ، حيث الزم البائع بالتعويض في حالة العيب المضمون ، بينما لم يجعل للمشترى في تبعة الهلاك الجزئي غير طلب فسخ العقد او انقاص الثمن (1) .

واما الفريق الثاني(2) فانه يرى ان العيب القديم هو العيب الذى يكون موجودا وقت التسليم اى تسليم المبيع ولا يشترط فيه ان يكون موجودا وقت العقد وانما طرأ بعده وبقي الى حين التسليم ويستندون في رايهم هذا الى نص المادة 447/1 مدني مصرى

---

(1) انظر ، منصور مصطفى منصور ، البحث السابق ، ص 576-577 .
(2) انظر ، السنهورى ـ المرجع السابق (عقد البيع) ص1722 .
سمير تناغو ، عقد البيع ـ ط 1973 ـ 315 .

./. ==

الذى يلزم البائع بالضمان اذا لم يتوفر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل وجودها فيه او وجد به عيب ينقص من قيمته او من الانتفاع به" فالمشترى اشترط توافر الصفات وقت التسليم، وعطف على هذه الصفات بحرف"او" العيب بمعنى الافة العارضة، مما يعني العيب كذلك يكون مضمونا اذا كان موجودا عند التسليم، وبما ان النص جاء صريحا فلا حاجة الى المذكرة الايضاحية، وما ورد في هذه المذكرة لا يعدوا ان يكون تفسيرا لواضعيها لا يلزم الاخذ به، واذا كان المشرع قد وضع احكاما للعيب الخفي تختلف عن احكام تبعة الهلاك، فهذا لا يمنع المفسر من التنسيق بين الاحكام المختلفة، وهذا التنسيق يقتضي ان يضمن البائع العيب الذى يحدث حتى وقت التسليم طالما كان المبيع من ضمانه حتى هذا الوقت لان العيب لا يعدو ان يكون هلاكا جزئيا في الغالب، والبائع يتحمل تبعة الهلاك حتى وقت التسليم (1) .

- انور سلطان - شرح عقد البيع والمقايضة - ط 1951 - ص 329 .
محمد علي امام وسليمان مرقس، عقد البيع - ط 1958 - ص 362 .
عبد المنعم البدراوى، عقد البيع - ط1957 - ص 509 .
اسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة (عقد البيع) 1958 - ص 193 .
عبد الفتاح عبد الباقي ، محاضرات في العقود ، الجزء الثاني ، عقد البيع - ص 268 .

(1) انور سلطان - المرجع السابق - ص 329 .
عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص 268 .
محمد حسنين - المرجع السابق - ص 153 .

نضيف الى راي هؤلاء الفقهاء، ان المشرع الزم المشترى بفحص المبيع عند استلامه، ولم يلزمه بفحصه عند التعاقد - فلو كان المشرع يجعل العيب مضمونا على البائع وقت البيع او وقت انتقال الملكية لنص على الزام المشترى بفحص المبيع في ذلك الوقت، خاصة وانه رتب على عدم اخطار البائع بالعيب بعد فحص المبيع عند استلامه سقوط حق المشترى في الرجوع على البائع بالضمان .

اذا كان شرط القدم يعني وجود العيب في المبيع في وقت معين وهو طبقا للمادة 379 / 1 مدني جزائرى وقت التسليم فانه لا يشترط لتحقق هذا الشرط وقيام الضمان ان يكون العيب قد استفحل اثره في المبيع، بل يكفي ان يوجد سببه وقت التسليم اى ان توجد نواة العيب وجرثومته وقت التسليم، وهذا متفق عليه بين فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الاسلامية (1) فاذا كان المبيع جوادا مثلا، فقد توجد جرثومة المرض فيه قبل ان تسلمه المشترى ثم يحدث المرض بعد ذلك، وقد يوجد في الغلال او الخشب بدء سوس قبل التسليم، ثم ينتشر السوس بعد ذلك، فهذا ايضا عيب قديم يضمنه البائع (2) وايضا حالة بيع العبد الذي ارتكب جناية عند مولاه ثم باعه هذا الاخير، وبعد ذلك ظهر جنايته فقضى عليه بعقوبتها، كان ذلك موجبا خيار العيب للمشترى (3) .

---

(1) محمد حسنين المرجع السابق - ص 153

عبد الرزاق السنهورى - المرجع السابق - ص 723 . سمير تناغو - المرجع السابق ص 315 . حسن فرج - المرجع السابق - ص 444 . اسماعيل دياب - المرجع السابق - ص 82 ، سليمان مرقس - ص 414 . منصور مصطفى منصور - البحث السابق ص 573 . Baudry et saignat رقم 422 MAZEAUD رقم 984 . BENDANT ص 205 . Planiol, Ripert, Hamel رقم 131 ص 147

حاشية ابن عابدين، الجزء الرابع - ص 195

. واذا وجد سبب العيب قبل التسليم، استفحل فيما بعد في الشيء المبيع، يجب الا يكون استفحاله راجعا الى خطأ المشترى الذى يتحمل في هذه الحالة وحده الضرر الذى لحقه اذا كان قد تسبب في ظهور العيب بفعل خطئه الفادح وعدم اتخاذه الاحتياطات اللازمة للحيلولة دون ظهوره، او لاستعماله المبيع بطريقة غير سليمة لم يحترم فيها قواعد الاستعمال المطلوبة (1) . فمثلا لا يحق الضمان لمن يشترى سيارة فيلاحظ ان الحرارة تزداد في محركها عن المعدل العادى فلا يعمد الى فحصه مهملا تزويده بالزيت حتى تعطب (2) . فهنا خطأ المشترى يستغرق خطأ البائع، وطبقا لذلك يتحمل وحده هذه النتيجة ولا يكون له الحق في الضمان .

---

(2) انظر نفس المراجع العربية المشار اليها في هامش رقم 1 .
(3) حاشية ابن عابدين - ص 195 .
مصطفى الزرقاء - المرجع السابق - ص 254 - هامش 1 .

---

(1) محكمة كونتانس في 11 - 2 - 1915 - دالوز 1925 - 360 -
Bull-Cio.11 M.365.Cio.24/1/68.J.C.P.1968 - 15419
(2) باريس في 1963/11/6 - مجلة القصر 1964 - 1 - 314 - دالوز 1964 - ص 253 .
حكم اشار اليه اسعاد دياب، في مرجعه السابق - ص 83 هامش 3
انظر، ايضا جيسن - شرح - المرجع السابق - ص 444 - 445 .

اما اذا ثبت ان سبب العيب كان موجودا قبل التسليم ثم انتشر . وساعد على انتشاره خطأ المشترى ، ففي هذه الحالة توزع المسؤولية بين البائع والمشترى ، وفقا لقواعد الخطأ المشترك (1) .

واثبات وجود العيب ، او سبب العيب ، في الشيء المبيع قبل التسليم (اى قديما) يقع على عاتق المشترى ، لان الاصل في المبيع سلامته ، واذا ادعى عكس ذلك ، فعلى من ادعى وهو المشترى اثبات ذلك .

ويمكنه اثبات ذلك بكافة الطرق لاننا بصدد واقعة مادية ولا يكفي ان يثبت المشترى بأن العيب قديما ، اى كان موجودا في المبيع قبل التسليم حتى يعود على البائع بالضمان ، انما لا بد الى جانب هذا ان يثبت انه كان يجهل وجود هذا العيب في المبيع بسبب خفائه .

هذا هو الشرط الثالث الذى تشترطه احكام الضمان في العيب الخفي حتى يلزم البائع بهذا الضمان .

---

(1) انظر السنهورى - عقد البيع - ص 723 هامش 1 .
عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص 269 - 270 .
اسعد دياب - المرجع السابق - ص 83 .

./.

المطلب الثالث : ان يكون العيب خفيا ،وغير معلوم للمشترى .

ان المبدأ العام في احكام الضمان ،ان البائع يكون ضامنا للعيوب التي تطرأ على المبيع اذا كانت هذه العيوب غير ظاهرة اى خفية ،او كان المشترى لا يعلم بها . وهذا المبدأ العام يمكن استخلاصه من الفقرة الثانية لنص المادة 379 مدني جزائرى التي جاء فيها " غير ان البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشترى على علم بها وقت البيع،او كان في استطاعته ان يطلع عليها لو انه فحص المبيع بعناية الرجل العادى . . .".

فهذا النص كما هو واضح يشترط لقيام الضمان الى جانب شرطي التاثير والقدم شرطين اخرين في الفقرة الثانية منه وهما عدم علم المشترى بالعيب،وخفاء هذا العيب،نبحث هذين الشرطين ضمن نقطتين متتاليتين :-

اولا -عدم علم المشترى بالعيب :-

لا يضمن البائع العيوب التي كان المشترى على علم بها وقت البيع" هذا ما صرحت به الفقرة الثانية من نص المادة 379 مدني جزائرى ،فقد يكون العيب من العيوب الخفية التي لا يمكن الكشف عنها بالفحص العادى ،ورغم ذلك يكون المشترى على علم بهذه العيوب وفي مثل هذه الحالة،وطبقا لنص المادة 379 / 1 مدني جزائرى يسقط حق المشترى في الرجوع بالضمان على البائع .

ان علم المشترى بعيب المبيع طبقا لنص المادة 379 / مدني جزائرى يشترط ان يتوفر وقت العقد ،اى عند التعاقد وليس عند التسليم

./.

وهذا النص يطبق بالنسبة للمبيع المعين بالذات والمبيع المعين بالنوع على السواء (1) .

والعلم بالعيب عند التعاقد يرتب آثارا تختلف عن الاثار التي يرتبها العلم بالعيب عند التسليم، فاذا علم المشترى بعيب المبيع عند التعاقد فان حقه في الضمان يسقط ولا يستطيع مطالبة البائع به . ويقوم عدم الضمان على اساس ان المشترى اذا اقدم على الشراء وهو عالم بالعيب، يكون قد ادخله في اعتباره عند تقدير الثمن، اى انه رضي بالمبيع بالحالة التي هو عليها واما العلم بالعيب عند التسليم، فاقصى ما يترتب عليه هو النزول عن الحق في الرجوع بالضمان بعد ان يثبت هذا الحق للمشترى، فاذا اعلم المشترى بالعيب عند التسليم ولم يعترض في الوقت الملائم، وامكن ان يستخلص من هذا السكوت نزوله عن الحق في الرجوع بالضمان فهذا لا يمنع من القول ان الحق في الرجوع بالضمان قد نشأ . اما اذا اعترض في الوقت الملائم فله ان يرجع على البائع بالضمان ويجب عليه رفع الدعوى في خلال سنة، والا سقط حقه في الضمان (2) ومدة السنة تحسب من يوم استلام المبيع كما سنرى عند دراسة اثار الضمان .

---

(1) انظر، عبد الرزاق السنهورى - عقد البيع - ص 727 - 728 .
انظر، سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 417 .
لبيب شنب - المرجع السابق - ص 225" حيث يفرقان في العلم بالعيب بين المبيع المعين بالذات والمبيع المعين بالنوع" .

(2) انظر، منصور مصطفى منصور، في بحثه السابق - ص 582 .
حسن فرج - المرجع السابق - ص 452 .
وانظر هامش واحد من هذه الصفحة .

./.

وفي ظل احكام الشريعة الاسلامية . فان علم المشترى بعيب المبيع يعتبر من مسقطات حقه في الخيار ،وعلمه بالعيب يكون مسقطا لحقه في الخيار سواء توفر هذا العلم وقت العقد او وقت القبض، ذلك ان اقدامه على الشراء مع العلم بالعيب دليل قاطع على رضائه بالمبيع بالحالة التي هو عليها ،كذلك اذا لم يعلم بالعيب عند العقد ثم علم به وقت القبض فقبضه للمبيع مع علمه بالعيب دليل على الرضا ،وبما ان تمام الصفقة متعلق بالقبض طبقا لاحكام الشريعة الاسلامية ،فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد (1) .

ان علم المشترى بعيب المبيع واقعة مادية ،وحتى يسقط الضمان ويتخلص البائع منه عليه ان يثبت علم المشترى بالعيب وقت التعاقد ذلك ان المشترى يفترض فيه عدم العلم بالعيب، وبما ان العلم واقعة مادية فان البائع يستطيع ان يثبتها بكافة طرق الاثبات ومنها البينة والقرائن (2) .

---

(1) انظر محمد سالم مذكور، المدخل للفقه الاسلامي - الطبعة الرابعة 1389 هـ 1969 م - ص 674 .
حاشية ابن عابدين - ص 90 .
السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج 4 - ص1، 2 .
ويلاحظ ان شرط عدم علم المشترى بالعيب لم ينص عليه المشرع الفرنسي وان كان قد اشترط، كما نرى ان يكون العيب خفيا الا ان الفقه الفرنسي ادرج شرط عدم علم المشترى بالعيب ضمن شروط العيب ومباشرة بعد شرط الخفاء مستندين في ذلك الى نص المادة 1641 مدني فرنسي في اخر فقرة في هذا الموضوع .
انظر Planiol, Ripert et Hamel N° 132.P.147. Laurent N°285 Bendant N° 254.P.205. Mazeaud.N° 983.

(2) انظر السنهوري ، عقد البيع - ص 727 . حسن فرج - المرجع السابق - ص452 .

./.

واذا كان العيب من الذيوع والانتشار بحيث يكون من المعقول ان المشترى يتوقع انه يلحق المبيع ، فالمفروض ان المشترى يعلم بمثل هذا العيب ويكون عليه هو عبء اثبات انه كان لا يعلمه ومثل هذه الحالة يستحسن ان يشترط المشترى على البائع ضمان مثل هذا العيب اذا اراد ان يتخلص من عبء الاثبات (1) ويفترض في الاشياء المستعملة اذا بيعت انها لا تخلو من العيوب المألوفة في الاشياء القديمة . فاذا ادعى المشترى انه لم يكن يعلم بعيب من هذه العيوب المألوفة فعليه هو عبء اثبات ذلك الا اذا اشترط على البائع ضمانها بالذات . الا ان هذا مقصور على العيوب المألوفة في الاشياء القديمة ، اما ما كان من العيوب غير مألوف فعبء الاثبات فيه يقع على البائع لا على المشترى (2) .

واذا كان علم المشترى بالعيب مسقطا لحقه في الضمان ، فان العلم المطلوب الذى يؤدى الى سقوط هذا الحق هو العلم الحقيقي ، اما العلم الذى يصاحبه شك فانه لا يمنع من قيام الضمان (3) .

---

(1) انظر ، السنهورى - المرجع السابق - ص 727 هامش 3 .

(2) انظر ، السنهورى - عقد البيع - هامش 3 - ص 728 .
حسن فرج - المرجع السابق - ص 453 - 454 وانظر ايضا المرجع المشار اليها في نفس الطبعة هامش 1 .

(3) انظر ، سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 417 .
السنهورى ، عقد البيع - ص 728 هامش 1 . منصور مصطفى منصور - البحث السابق - ص 582 .
انور سلطان - المرجع السابق - ص 331 .
سمير تناغو - المرجع السابق - ص 318 .
وانظر هذا الموضوع ايضا . حكم لمحكمة النقض المصرية في 1962/6/14 . مجموعة المكتب الفني سنة 13 - ص 808 .

./.

ثانيا - ان يكون العيب خفيا :-

يعتبر شرط خفاء العيب بمثابة اللبنة التي تأسست عليها احكام الضمان وسمي هذا الضمان بضمان العيب الخفي لكون البائع يلزم به اصلا اذا كان بالمبيع عيب خفي .

وشرط الخفاء هذا كشرط العلم يستخلص من الفقرة الثانية لنص المادة 379 مدني جزائرى التي جاء فيها " غير ان البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشترى . . . اوكان في استطاعته ان يطلع عليها لو انه فحص المبيع بعناية الرجل المادى . . " .

وخفاء العيب غير عدم علم المشترى به ، فعدم العلم بالعيب يعني جهل المشترى لهذا العيب ، اما الخفاء فيعني ان المشترى لا يستطيع ان يتبين ويكتشف هذا العيب لو انه فحص المبيع بالعناية المطلوبة وهي عناية الشخص العادى ، اما اذا كان الشخص العادى يستطيع اكتشاف العيب والاطلاع عليه بفحصه المبيع فحصا عاديا في مستوى الشخص العادى - فان العيب لا يكون خفيا وبالتالي لا يوجب الضمان .

ومعيار التعرف على العيب هل هو خفيا ام ظاهرا حدده المشرع الجزائرى في المادة 379 / 1 مدني جزائرى حيث قال " . . . لو انه فحص المبيع بعناية الرجل العادى (1) " فالمعيار الذى اتى به

(1) كان يستحسن لو ان المشرع اورد كلمة الشخص العادى بدلا من الرجل العادى اذ لا علاقة في هذا المعيار بصفة الذكورة ، خاصة وان المعاملات المالية كالبيع والشراء غير مقتصرة على الرجل انما للمرأة دور فيها .

./.

المشرع معيارا موضوعيا ينظر فيه الى عناية الشخص العادى في المجتمع، لا الى عناية المشترى، اى ان المعيار هنا معيار موضوعي وليس معيارا شخصيا . فلو ان شخصا عاديا استطاع بعد فحص المبيع بالعناية المطلوبة التعرف على العيب واكتشافه بسهولة كان العيب ظاهرا . اما لو تعذر في هذا الشخص بعد فحصه للمبيع بالعناية المطلوبة اكتشاف العيب كان العيب خفيا ووجب ضمانه من طرف البائع .

واذا كان المشرع في المادة 2/379 مدني جزائرى قد اشترط على المشترى فحص المبيع بعناية الرجل (الشخص) العادى فهذا لا يعني انه قد الزم المشترى بأن يتولى بنفسه (1) فحص المبيع، ان ما اراده المشرع هو قيام المشترى بفحص المبيع بعناية الشخص العادى، سواء تولى هو شخصيا هذا الفحص او ناب عنه في ذلك شخصا اخر من المستوى المطلوب .

والفحص الذى يجب ان يقوم به المشترى يختلف باختلاف نوع المبيع فهناك بعض الاشياء تتطلب ضرورة استطلاع راى ذوى الخبرة العادية وبالتالي اذا كان العيب يمكن اكتشافه بخبرة عادية عند فحصه ولم يلجأ المشترى لاستطلاع راى ذوى الخبرة العادية في المبيع

(1) ولو انه في النسخة الفرنسية للتقنين المدني الجزائرى وردت عبارة بنفسه" lui même " فهذا لا يعني قيام المشترى نفسه بفحص المبيع، والعبرة كما هو معروف بالنسخة العربية لانها هي الاصل .

./.

فلا يقبل منه الادعاء بان العيب كان خفيا (1) . فمن يشتري سيارة بها عيوب من السهل ان يطلع عليها الميكانيكي العادي دون ان يلجأ المشتري لاستطلاع راي هذا الميكانيكي فان هذه العيوب لا تكون خفية ومن يشتري منزلا ، يقتضي فحصه ان يستطلع فيه راي مقاول او مهندس انشائي او معماري عادي ، وكان في مكنة اي مقاول او اي مهندس عادي بخبرته العادية ان يكشف عيبا فيه فلا يعد هذا العيب خفيا .

اما اذا كان اكتشاف العيب يحتاج الى خبرة غير عادية كحفر الاساس مثلا لاختيار متانة البناء او تحليلا كيمائيا لحساب درجة الاملاح في الارض الزراعية ، او فحص لجميع وحدات البضاعة المعيبة ففي هذه الاحوال يكون العيب خفيا ولا يكلف المشتري باستطلاع راي ذوي الخبرة غير العادية وله الحق في الرجوع على البائع بالضمان (2) .

---

(1) انظر السنهوري - عقد البيع - ص 725 .
حسن فرج - المرجع السابق - ص 448 .
منصور مصطفى منصور في بحثه السابق - ص 583 .
مرقس - المرجع السابق - ص 466 .
N° 284 Page 287. Bandry et Soignat N° 418. Bendant N° 254.Planiol, Ripert et Hamel.N°130.Page 144.

(2) انظر ، نفس المراجع المشار اليها في هامش رقم 2 من الصفحة
انظر حسن فرج - المرجع السابق - ص 449 - 450 .
وانظر المراجع المشار اليها في هامش هاتين الصفحتين .

./.

ولا توجد حدود فاصلة بين الخبرة المادية والخبرة غير المادية، فهذه مسألة نسبية، مما يجعل خفاء العيب كذلك مسالة نسبية تخضع لتقدير قاضي الموضوع، ويرجع فيهما الى مسلك الشخص المادى في فحص المبيع .

واذا كان الخفاء شرطا لقيام الضمان فمتى يعتد بهذا الشرط هل يعتد به عند ابرام العقد اى عند التعاقد ؟ ام عند التسليم؟

يرى بعض الفقهاء (1) ان العبرة بخفاء العيب وظهوره هي بوقت التعاقد ، لان عدم اكتشاف المشترى للعيب الظاهر في هذا الوقت يعتبر دليلا على تقصيره في فحص المبيع، فيتحمل مغبة هذا التقصير . ومثل هذا القول يقتضي ان يكون شرط الخفاء غير مطلوب الا بالنسبة للمبيع المعين بذاته فهو الذى يوجد وقت ابرام العقد اى عند التعاقد . بخلاف المبيع المعين بالنوع الذى لا وجود له وقت البيع، ووجود المبيع المعين بنوعه وقت الافراز، وظهور العيب في ذلك الوقت لا اثر له لان المشترى غير ملزم بفحص المبيع في ذلك الوقت اى وقت الفرز (2) .

---

(1) انظر سليمان مرقس ـ المرجع السابق ـ ص 417 .
اسماعيل غانم ـ المرجع السابق ـ ص 195 .
محمد حسنين ـ المرجع السابق ـ ص 154 .
لبيب شنب ـ ص 212 ـ منصور مصطفى منصور البحث السابق ـ ص 584 .
Aubry et Rau, N° 355 bis.P. 108. Baudry et soignat N°418 P.425.Planiol, Ripert et Hamel.N°130.page 144.

(2) انظر في هذه النقطة المتعلقة بالمبيع المعين بالنوع منصور مصطفى منصور في بحثه السابق ـ ص 584 ـ 585 .

./.

يوءخذ على هذا الراى ان المشترى لا يعتبر مقصرا على فحص المبيع اذا لم يقم بفحصه وقت البيع الا انه لو رجعنا (1) الى المادة 380 / 1 مدني جزائرى نستخلص منها ان المشرع يلزم المشترى بفحص المبيع عند استلامه وليس عند البيع، فالمشترى لا يعتبر مقصرا الا اذا لم يقم بفحص المبيع عند التسليم. مما يقتضي ضمان البائع للعيب الخفي الحادث بعد العقد وقبل التسليم، فضلا عن العيب الخفي وقت العقد، والا فما جدوى التزام المشترى بفحص المبيع عند التسليم اذا اسفر الفحص عن عيب خفي حدث بعد العقد وقبل التسليم، وعلى هذا الاساس نرى انه اذا كان العيب خفيا وقت البيع فان البائع يضمنه حتى اذا اصبح ظاهرا وقت التسليم على ان ظهور العيب وقت التسليم وسكوت المشترى عن الاعتراض عليه، يسقط حقه في الضمان، لانه يعتبر قد تنازل عن حقه في الضمان، واذا حدث العيب بعد البيع وقبل التسليم وكان خفيا فان البائع يضمنه ضمان العيوب الخفية، كالعيب الخفي الحادث وقت البيع. اما اذا كان العيب ظاهرا وقت البيع وكان ظاهرا وقت التسليم، فان البائع لا يضمنه. وكذلك الحال لو حدث العيب بعد البيع وكان ظاهرا وقت التسليم، على ان البائع يتحمل تبعة هذا العيب لانه هلاك جزئي، وتبعة الهلاك طبقا للمادة 370 مدني جزائرى تقع على البائع قبل التسليم .

---

(1) وحتى المادة 449 / 1 من التقنين المدني المصرى التي نقل عنها المشرع الجزائرى نص المادة 380 / 1، تلزم المشتري بفحص المبيع عند استلامه ./.

كما ان القول بخفاء العيب وقت التسليم شرطا فا يفهم من نص المادة 380 / 1 مدني جزائرى تلزم المشترى بفحص المبيع عند التسليم - يجعل هناك تناسق وتكامل مع شرط القدم . فشرط القدم العبرة فيه بوقت التسليم وليس بوقت العقد كما سبق وان راينا ، طبقا لنص المادة 379 / 1 مدني جزائرى ، فالمشرع بهذا جعل ترابطا وتكاملا في الشروط الواجب توافرها لقيام الضمان .

اذا كان المبدا العام والاصل في احكام الضمان ان البائع يلزم بالضمان متى وجد بالمبيع عيب خفي ينقص من قيمته (المادة 379 / 1) فان لهذا الاصل استثناء اورده المشرع في المادة 379 / 2 مدني جزائرى اوجب فيه الضمان على البائع في حالة العيب الظاهر وذلك في حالتين حددتها المادة 379 / 2 مدني جزائرى حيث جاء فيها " غير ان البائع لا يكون ضامنا للعيوب . . . الا اذا اثبت المشترى ان البائع اكد له خلو المبيع من تلك العيوب او انه اخفاها غشا منه " .

<u>الحالة الاولى</u> : تاكيد البائع للمشترى خلو المبيع من العيوب :-

ان عدم ضمان العيب الظاهر يقوم على اساس ان المشترى يعتبر مقصرا اذا لم يفحص المبيع بعناية الشخص العادى ، كما ان البائع يطمئن الى ان المشترى قد ادخل العيب في تقديره عند الشراء ، فاذا اكد البائع للمشترى خلو المبيع من العيوب يكون المشترى قد اطمئن الى هذا التاكيد الذى يغنيه

. / .

عادة عن فحص المبيع مما يمكن القول معه بانه ينشئ اتفاق ضمني بين البائع والمشترى على ضمان هذا العيب الظاهر اذا وجد بالمبيع (1) .

ويجب في مثل هذه الحال ان ياتي تاكيد البائع خلو المبيع من العيب في عبارات خاصة تنصرف الى عيب او عيوب معينة بذاتها ، ولا تكفي عبارات عامة يستدل من ورائها للترويج للمبيع وحمل المشترى على الشراء كما يفعل الباعة عادة لترويج بضائعهم (2) .

فاذا ثبت ان البائع قد اكد للمشترى خلو المبيع من العيوب وعلى اساس هذا التاكيد لم يقم بفحص المبيع كان له الحق في الرجوع بالضمان اذا ظهر بالمبيع عيب خفي ، ولا يستطيع البائع ان ينفي الضمان عنه بدعوى ان المشترى لم يقم بفحص المبيع ، وحتى يكون للمشترى في مثل هذه الحالة الحق في الرجوع بالضمان ، ان يثبت اولا تاكيد البائع له خلو المبيع من العيوب فعبء الاثبات يقع عليه كما هو جلي من نص المادة 2/379 مدني جزائري التي تقول " الا اذا اثبت المشترى . . . . . " . وثانيا الا يكون المشترى عالما بهذه العيوب عند التعاقد ، لان علم المشترى بالعيب عند

---

(2) انظر ، السنهوري - عقد البيع - ص 726 .
حسن فرج - المرجع السابق - ص 455 - هامش 1 .
سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 418 .
جاك يوسف الحكيم - المرجع السابق - ص 328 .
اسعد دياب - المرجع السابق - ص 108 .

* (1) انظر حسن فرج - المرجع السابق - ص455 . السنهوري ، عقد البيع - ص726 .

./.

التعاقد مسقطا لحقه في الضمان ، ذلك ان علمه به مع اقدامه على الشراء يعتبر بمثابة تنازل صريح عن الضمان كما سبق وان راينا ، وبذلك اذا اراد البائع التخلص من الضمان عليه ان يثبت علم المشترى بالعيب .

<u>الحالة الثانية</u> : تعمد البائع اخفاء العيب غشا منه :-

وردت هذه الحالة في الجملة الاخيرة من الفقرة الثانية لنص المادة 2/379 مدني جزائرى وطبقا لها اذا اثبت المشترى ان البائع قد تعمد اخفاء العيب غشا كما لو قام بطلاء شرخ في المنزل المبيع او لحام كسر في الة او في سيارة (1) كان له الحق في الرجوع على البائع بالضمان حتى ولو كان يستطيع ان يتبين هذا العيب بالفحص العادى ولم يفعل ويلزم البائع بالضمان في مثل هذه الحالة حتى ولو اثبت ان المشترى لم يقم بفحص المبيع . وذلك على اساس ان البائع يعتبر قد ارتكب خطأ يستوجب الضمان . وهذا الخطأ الجسيم يستغرق خطأ المشترى في عدم التجائه وقيامه بفحص المبيع فحصا عاديا (2) . ونرى ان اخفاء العيب بطريق الغش قد يتطلب فحص المبيع فحصا غير عادى لاكتشاف العيب وهو مالا يلزم به المشترى (3) .

---

(1) انظر منصور مصطفى منصور - البحث السابق - ص 585 - حسن فرج - المرجع السابق - ص454 . سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 418 - اسعد دياب - المرجع السابق - ص 109 .

(2) انظر السنهورى - عقد البيع - ص 726 - اسماعيل غانم - المرجع السابق ص 195 - سمير تناغو - المرجع السابق - ص 317 .

(3) واذا تعمد البائع اخفاء العيب غشا منه فانه بجانب الزامه بالضمان فان مدة سقوط دعوى الضمان في هذه الحالة تتغير من مدة سنة الى مدة 15 سنة المادة 382 مدني جزائرى .

./.

وحالة اخفاء العيب عن طريق الغش قد يفتح امام المشترى باب دعوى الغش، اذا كان ما قام به البائع يشكل وسائل وحيل تدليسية اوقعت المشترى في غلط جعله يجهل حقيقة المبيع التي لو علم بها لما اقدم على التعاقد كما هو معروف في القواعد العامة المادة 2/86 مدني جزائرى .

اذا كان الاصل في القانون الوضعي ان البائع لا يضمن العيوب الظاهرة الا اذا اكد خلو المبيع من العيوب او اخفى هذه العيوب عن غش فان الوضع في الشريعة الاسلامية يختلف، اذ الاصل فيها ان البائع ضامن للعيوب سواء كانت ظاهرة ام خفية ما دام المشترى لا يعلم بها . فعلم المشترى لهذه العيوب هو الذى يسقط حقه في الضمان" اى الخيار" (2) .

واما غش البائع في ظل احكام الشريعة الاسلامية وطبقا لاحكام خيار العيب فانه يعطي المشترى - الذى يتعذر عليه التعرف على حقيقة المبيع الذى يكون معيبا" وسواء كان به عيب خفي ام ظاهر وذلك بسبب غش البائع - حق الخيار، فيكون له رد المبيع كاملا، او ما تبقى منه واسترداد ثمنه ولا يكون للبائع التعويض في حالة ما اذا استرد المبيع ناقصا بسبب العيب الذى كتمه عن المشترى .

---

(1) انظر محسن فرج المرجع السابق - ص 456 . اسعد دياب - المرجع السابق ص 109 . انظر نقض مدني مصرى 1970/4/23 مجموعة المكتب الفني ص21 ص 697 - موسوعة دالوز تحت (Vic-Réd رقم Bendaut.N° 254.23 Page 202. Baudry et soignat.N° 418.

(2) انظر البدائع للكساني ج 15 - ص 278 . حاشية ابن عابدين . رد المختار ج 4 - ص 99 . حاشية الدسوقي ج 3 - ص 118 .

./.

استنــد فقهــاء الشريعــة فــي هـــذا الحكم علــى قــول الرسـول صلى الله عليــه وسلــم حيــن قـال " لا يحـل لمسلـم بـاع مـن اخيــه بيعـا فيـه عيب الا بينه لــه " وقولـه صلـى اللـه عليـه وسلـم " مـن غشنـا فليـس منـا " (1) .

نخلـص مـن هـــذا الـى ان غـش البـائـع في اخفــاء عيـب المبيــع ســواء فــي القانـون او فــي الشريعـــة الاسلاميــة ، يجعلــه ضامنــا لهــذه العيـوب مهمــا كانــت نوعيتهــا ظـاهــرة او خفيــة يمكـن اكتشـافهــا بالفحـص العـادى طبقـا للقانـون الوضعــي او كـان فـي وســع المشتــرى ان يعلـم بهـا طبقـــا لاحكام الشريعـــة الاسلاميـــة .

المطلب الرابـع : ان يكـون البيــع منشئـا للالتـزام بالضمـان .

ان هـذا الشــرط ليـس مـن بيــن شــروط العيــب ذاتـه ، انمـا هــو شـرط يتعلــق بعقـــد البيــع الـذى يـــتم بيــن البـائــع والمشتــرى والــذى عنـه يتولـد الالتـــزام بضمـان العيـب الخفــي .

والاصــل ان الضمـان يقــوم فــي كــل عقـــد بيــع مهمـا كـان نوعـه مدنيا او تجاريا او اداريا ، ومهمـا كـان محلــه وموضــوعـه ، بحيـث يمكـن ان يقـــــوم الضمــان فــي البيــع الــذى يــرد علـى اشيـــاء ماديــة مـن المنقــــولات بكــل انـواعهـــا بضـائــع وسلــع مختلفـــة ، كالاقمشـــة والبـذور والمنتجات والالات

---

(1) انظـر المغنـي لابـن قدامـه ـ الجـزء الخـامـس ـ ص 167 .
محمد سلام مذكور ـ المرجـع السابق ـ ص 670 .

الميكانيكية والسيارات والادوات المستعملة واللوحات الفنية والعقاقير الطبية الى غير ذلك من انواع المنقولات المادية (1) .

كما يرد ايضا ويقوم الضمان في البيوع التي تنصب على العقارات ايا كانت طبيعتها ، مثل بيع الاراضي سواء كانت مخصصة للبناء عليها او للزراعة .

واذا كان هذا الضمان مشروطا في بيع الاشياء المادية ، فانه ايضا يكون كذلك في بيع الاشياء غير المادية INCORPORAL (2) فيقوم الضمان في بيع المحل التجارى ، بحيث يعتبر ان به عيبا خفيا موجب للضمان اذا ظهر ان هذا المحل قد سحبت رخصته ، او ساءت سمعته . كما يقوم في بيع الاسهم والسندات بحيث يتبين انها استهلكت قبل شرائها او ان الشركة التي اصدرتها باطلة او قد تمت تصفيتها وفي الحقوق الشخصية كما اذا كان المبيع حقا شخصيا مكفولا برهن وكشف المشرى المحال له ان الرهن غير مقيد او ان قيده لم يجدد كان هذا عيبا فيه موجبا للضمان .

---

(1) انظر في هذا : الدكتور حسن فرج - المرجع السابق - ص419 فقرة227 .
الدكتور عبد الرزاق السنهوري - عقد البيع - ص731 فقرة 371 .
سمير تناغو - المرجع السابق - ص 320 فقرة 5 .

(2) انظر الدكتور عبد الرزاق السنهوري - عقد البيع - ص 720 و 731 - فقرة 371 .
حسن فرج - المرجع السابق - ص 422 .
Planiol, Hamel, Ripert.P.C.T.10.P.140.N° 141. -

./.

وهناك انواع اخرى من البيوع توجب ضمان العيب الخفي كانت معروفة في القانون الروماني وفي الشريعة الاسلامية الا ان بعضها قد اندثر بتقدم الانسانية ، والبعض الاخر لا زال فهناك من القوانين من نظم هذا النوع الاخير من البيوع في نصوص خاصة كالقانون الفرنسي وهناك من ترك تطبيقها لاحكام الضمان العامة كالقانون الجزائري والمصرى . وهذا النوع من البيوع يتمثل في بيع الرقيق وبيع الحيوانات، فالاول اندثر تماما والثاني ما زال بيعا عاديا ، الضمان فيه واجبا (1) .

هكذا نجد ان الالتزام بضمان العيب الخفي يلتزم به البائع في كل انواع البيوع مهما كان نوعها . وسواء كان البيع مسجلا او غير مسجل ، فالشرط الوحيد هو ان تكون العملية بيعا حقيقيا (2) .

واذا كان هذا هو الاصل في ضمان العيب يطبق على كل انواع البيوع، فاننا نجد استثناء يرد عن هذا الاصل اتت به المادة 385 مدني جزائرى استبعدت فيه ضمان العيب الخفي بسبب الشكل الذى يتم به البيع فقالت انه" لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ولا البيوع الادارية اذا كانت بالمزاد " .

---

(1) راجع ما سبق شرحه فيما يخص التطور التاريخي لضمان العيب الخفي ص 13 - 19 .

(2) وهكذا نجد ان القضاء الفرنسي اعتبر امتلاك حائط مشترك كممارسة لحق ارتفاق الجدار لا يكون عيبا وبذلك لا يرد عليه الضمان - دالوز 1912 - 1 - 113 .

./.

يفهم من هذه المادة الماخوذة من القانون المدني المصرى مادة 454 مدني مصرى ان البيوع التي تجريها السلطة القضائية او تلك التي تجريها السلطة الادارية عن طريق المزاد ،لا يقوم فيها الضمان ،فما هو السبب الذى جعل المشرع يستثنى هذا النوع من البيوع من القاعدة العامة ،ويسقط فيها حق المشترى في الضمان ؟

اجمع الفقهاء (1) في مصر باستنادهم الى ما جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى على ان الحكمة من هذا الاستثناء تعود الى كون هذا النوع من البيوع يتم بعد النشر والاعلان عنه لمدة كافية بحيث يتيح للراغبين في المزايدة ان يفحصوا الشيء المعلن عن بيعه قبل الاقدام على المزايدة فيه والتمكن عن طريق ذلك من ادراك العيب خاصة وان حضور جمع كبير من الجمهور وكلهم يفحصون المبيع يؤدى الى استثارة البعض بملاحظات البعض الاخر . مما يجعل احتمال عدم الكشف عن العيب امرا نادرا كما ان المصلحة العامة تقتضي التضييق في فسخ هذه البيوع مراعاة لما تتطلبه من اجراءات وما تستغرقه من وقت طويل ونفقات باهضة ثم ان ثمن الشيء الذى بيع بالمزاد يوزع على الدائنين ومن الصعب بعد كل هذا اعادة الوضع الى ما كان عليه قبل البيع .

---

(1) انظر عبد الرزاق السنهورى ـ عقد البيع ـ ص 712 . حسن فرج ـ المرجع السابق ـ ص 422 . سليمان مرقس ـ المرجع السابق ـ ص 431 . محمد لبيب شنب وصبحي الخليل ـ المرجع السابق ـ ص 267 .
سمير تناغو ـ المرجع السابق ـ ص 320 . مصطفى احمد الزرقاء ـ المرجع السابق ـ ص 243 .

./.

وكما يقول بعض الفقهاء (1) " ان معرفة المشترى بانه لن يكون له الحق في ضمان العيوب يؤدى به الى التقدم بثمن منخفض مما يعطي البيع طابع العقد الاحتمالي "

فكل هذه المعطيات مجتمعة تشكل تبريرا كافيا لاستثناء البيع المذكور من الضمان .

جاء في المادة 385 مدني جزائري انه " لا ضمان للعيب في البيوع القضائية . . . . " ما يفهم منها ان الضمان في مثل هذه البيوع لا يستحقه المشترى ولا يستطيع مطالبة البائع به مهما بلغت جسامة العيب ودرجته .

ومن المعلوم ان البيوع القضائية فيها نوعان ، بيع قضائي اختياري ، وبيع قضائي جبرى ، فهل المادة 385 مدني جزائرى تطبق في الحالتين ام يقتصر تطبيقها على البيع القضائي الجبرى ؟ ان هذه المادة لم تحدد نوع البيع القضائي الذى يسقط فيه الضمان كما هو الحال في المادة 1649 من التقنين المدني الفرنسي التي اسقطت الضمان في حالة البيع الذى يتم عن طريق السلطة القضائية ، اى البيع الذى يستلزم فيه القانون تدخل السلطة القضائية

---

(1) انظر حسن فرج - المرجع السابق - ص 424 .
اسعد دياب - المرجع السابق - ص 52 .
مصطفى الزرقاء - المرجع السابق - ص 211 فقرة 207 حيث قال " في هذه البيوع يعتبر المشترى مشترى للمبيعات الحاضرة كيفما كانت وراضيا بها ومتحملا على عهدته ما يظهر فيها من عيوب . . . "

Laurent.P. 284. N° 288.

./.

اى البيع الذى يستلزم فيه القانون تدخل السلطة القضائية حيث جاء فيها

Elle na pas lieu dans les ventes par autorité de justice.

الشيء الذى جعل الفقهاء الفرنسيين (1) عند تفسيرهم لنص هذه المادة يستبعدون تطبيقها في البيوع التي تتم امام القضاء باختيار الطرفين وهو البيع القضائي الاختيارى، كالبيع الذى يقوم به الشركاء البالغين الذين يتقاسمون الاموال الشائعة بينهم (2)، فمثل هذا البيع يعطي للمشترى في حالة ظهور عيب في المبيع الحق في مطالبة البائع بالضمان، اما البيع القضائي الجبرى الذى يستلزم فيه القانون تدخل السلطة القضائية، كالبيع الذى يتم بناء على حجز عقارى، او بيع اموال المدين تنفيذا للديون التي في ذمته، فان الضمان فيه يسقط طبقا لنص المادة 1649 مدني فرنسي .

وما جاءت به المادة 1649 مدني فرنسي، وما قال به الفقه الفرنسي، جعل بعض الفقهاء المصريين (3) يعطون للمادة 454 مدني مصرى نفس التفسير، حيث قالوا بتطبيقها على البيوع القضائية الجبرية فقط اى التي يكون فيها تدخل القضاء بنص القانون كبيع اموال المدين تنفيذا للديون التي في ذمته .

---

(1) بوديارى وسينا - المرجع السابق - فقرة 431 .
Colin et capitan, cours élémentaire de droit civil Français éd.2.T.II.N°924. Planiol et Ripert et Hamel.N°127.

(2) Planiol,Ripert et Hamel.N° 127.

(3) انظر السنهورى - المرجع السابق - عقد البيع - ص 731 .
صبحي الخليل ولبيب شنب - المرجع السابق - ص 267 .
عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق - ص 358 .

./.

ان العمل بمثل هذا القول يتنافى ونص المادة 454 مدني مصري، ذلك ان المادة 454 مدني مصري كالمادة 385 مدني جزائري لم تخصص نوع البيع القضائي الذي يسقط فيه الضمان بل اتت عامة وبذلك تطبيقها يشمل البيع القضائي بنوعيه الجبري والاختياري، عكس ما هو عليه الحال بالنسبة لنص المادة 1649 مدني فرنسي التي حددت بصريح العبارة البيع الذي يسقط فيه الضمان حيث قالت" Les ventes faite par autorite de justice "ومن جهة اخرى كما يرى البعض الاخر من الفقهاء المصريين (1) فان اسقاط المشرع الضمان في البيوع القضائية كان عن حكمة، فهذه البيوع تتضمن من الاجراءات ما يكفل للمزايدين فحص الشيء المبيع فحصا دقيقا قبل الاقدام على المزايدة، وعلى اساس حالة المبيع يتقدم المشتري بالثمن المناسب لقيمته. كما ان فسخ العقد بعد ظهور العيب غير ممكن ذلك ان ثمن الشيء المبيع الذي بيع بالمزاد يوزع على الدائنين ومن الصعب بعد كل هذا اعادة الوضع الى ما كان عليه قبل البيع .

لاجل هذا اسقط الضمان في حالة البيوع القضائية فليس من حكمة اذن والحال هذه ان نسقط الضمان في نوع من البيوع القضائية ونبقيه في نوع اخر منها .

---

(1) انظر سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 431 - فقرة 230 .
حسن فرج - المرجع السابق - ص 419 .
محمد حسنين - المرجع السابق - ص 160 .

./.

نصل في النهاية الى ان المادة 385 مدني جزائري تنص على اسقاط الضمان في البيوع القضائية بنوعيها اى البيع القضائي الجبرى والبيع القضائي الاختياري، وهذا ما يرمي اليه المشرع لانه لو اراد غير ذلك ليحدد نوع البيع الذى يسقط فيه الضمان كما فعل المشرع الفرنسي، اما وانه اتى بنص عام فانه يشمل كل البيوع القضائية، والى جانب البيع القضائي فان المشرع الجزائري اسقط الضمان ايضا في البيوع الادارية التي تتم بالمزاد .

المبحث الثاني : شروط قيام الضمان بالنسبة لتخلف الصفة المشروطة .

عند بحثنا لتحديد فكرة العيب الموجب للضمان، توصلنا الى ان المشرع الجزائري جعل البائع ضامنا للعيب الخفي وهو الافة العارضة التي يخلو منها الشيء المبيع في اصله، وكما اتضح لنا جليا انه جعل البائع ضامنا ايضا لفوات الصفة المشروطة في العقد وجعل فوات هذه الصفة في حكم العيب الخفي وذلك طبقا لنص المادة 379 / 1 مدني جزائري، فهل يشترط لقيام هذا الضمان اى ضمان تخلف الصفة، ما يشترط لقيام ضمان العيب الخفي من تأثير (جسامة) وقدم وخفاء وعدم علم المشترى !

طبقا لنص المادة 379 / 1 مدني جزائري فان التزام البائع بضمان تخلف الصفة المشروطة في العقد، لا يقوم الا بتحقق شرطين اساسيين هما :-

اولا - شرط تخلف هذه الصفة المشروطة في العقد، والتي اكد البائع للمشترى وجودها في المبيع .

./.

وثانيا - تخلف هذه الصفة المشروطة عند تسليم المبيع للمشترى ، هذا ما جاء في صدر المادة 379 / 1 مدني جزائرى" يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشترى".

فنتناول بالدراسة هذين الشرطين ضمن مطلبين مستقلين :-

- المطلب الاول : نخصصه لشرط تخلف الصفة .
- المطلب الثاني : نخصصه لشرط تخلف هذه الصفة وقت التسليم .

المطلب الاول : شرط تخلف الصفة المشروطة في العقد .

عند بحثنا لتحديد فكرة العيب الموجب للضمان، توصلنا الى نقطة هامة وهي ان تخلف الصفة المشروطة لا يعد عيبا في حد ذاته ،ولا يشمله تعريف العيب كما راينا ،ولكن المشرع ادرجه ضمن احكام ضمان العيب الخفي والزم البائع بضمانه .

وبما ان تخلف الوصف لا يعد عيبا في اصله ،والتزام البائع به لا يتولد عن عقد البيع كما هو الحال بالنسبة للعيب الخفي انما يكون ذلك باتفاق المتعاقدين . فانه لتحقق هذا الضمان لا بد من اشتراطه وادراجه في عقد البيع ،وعلى هذا الاساس يضمن البائع توافر الصفة التي اشترطها المشترى عليه ،واكدها هو (اى البائع) للمشترى او كان البائع قد كفلها للمشترى من تلقاء نفسه دون المشترى ،ويأخذ حكم الشرط الاتي :-

./.

1 ـ وجود هذه الصفة في النموذج الذى تم البيع على اساسه لان المبيع يجب ان يكون مطابقا لهذا النموذج او العينة (1) .

2 ـ وجود عرف يتطلب توافر هذا الوصف، لان العرف يجعل الوصف مشترطا ضمنا ، او كما هو معروف في الفقه الاسلامي ان المعروف عرفا كالمشروط شرطا (2) .

واذا كان ضمان الوصف لا يلزم البائع به، الا اذا ادرج الشرط في العقد فان قيام الضمان ومطالبة البائع به لا يقوم الا اذا تخلف هذا الشرط الذى ادرج في العقد ، كما ورد في المادة 379 / 1 مدني جزائرى .

ونعني بالشرط المدرج في العقد ان يشترط المشترى على البائع ان يضمن له وجود صفة معينة في المبيع يرغب توفرها فيه فعلى اساس هذه الصفة اقدم على التعاقد وعلى الشراء، كمن يشترط في الفرس التي يريد شراءها ان تكون من فصيلة عربية او فرسا للسباق .

---

(1) السنهورى ـ المرجع السابق ـ ص 720، 721 .
سمير تناغو ـ المرجع السابق ـ ص 313 .

(2) المغني لابن قدامه ـ ص 139 .
حاشية ابن عابدين ـ الجزء الرابع ـ ص 88 .
حاشية القليوبي ـ الجزء الثاني ـ ص 197 .
حاشية الدسوقي ـ الجزء الثالث ـ ص 93 .

./.

وبما ان هذه الصفة التي يرغب المشتري في توفرها في المبيع وتعهد البائع بتوفرها في المبيع، هي بمثابة شرط ادرج في العقد، فانه يشترط في هذا الشرط (اى في هذه الصفة) ان تكون مما يمكن تحققه، والوفاء به، وان يكون مما يعتد به شرعا . اى مشروعا وغير مخالف للنظام العام .

فاذا كانت هذه الصفة المشروطة في العقد ممكن تحققها والوفاء بها وغير مخالفة للنظام العام وكفل البائع وجودها للمشتري، ثم تخلفت هذه الصفة قام الضمان على عاتق البائع والزم به طبقا لنص المادة 379 / 1 مدني جزائري التي جاء فيها "يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشتري" .

وطبقا لاحكام الشريعة الاسلامية، فان خيار الوصف، يتحقق ويكون للمشتري الحق فيه اذا كان الشرط صحيحا شرعا، ويمكن الوفاء به، وكان يتضمن وصفا مرغوبا فيه للمبيع (1) .

والشرط قد يتخلف ويقوم الضمان في الصور التالية :-

- اذا تخلفت الصفة المتفق عليها صراحة في العقد سواء اشترطها المشتري على البائع او كفلها البائع للمشتري من تلقاء نفسه .

- يتحقق ايضا اذا كان المبيع غير مطابق للعينة او النموذج المتفق عليه في العقد .

---

(1) انظر المغنى لابن قدامه - ج 4 - ص 189 .

./.

- ويتحقق ايضا اذا لم تتوافر في المبيع الصفة المتعارف عليها عرفا لان المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

المطلب الثاني : ان تتخلف الصفة المشروطة وقت التسلوم .

جاء في المادة 379 / 1 مدني جزائري " ان البائع يكون ملزما بالضمان اذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشتري ، او كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته او الانتفاع به . . . " .

هذه المادة كما سبق وان راينا تتكلم عن الشرط ضروري لقيام ضمان العيب الخفي " الافة العارضة " الا وهو شرط القدم ، فهذا الشرط لا يقتصر تطبيقه على العيب بمعنى الافة العارضة ، انما وجوده وتطبيقه ضروري لقيام الضمان بالنسبة لتخلف الصفة المشروطة .

فشرط القدم يعتبر الشرط الثاني الذى نص عليه المشرع واستلزم توفره لقيام ضمان تخلف الوصف كما هو واضح من نص المادة 379 / 1 مدني جزائري .

واذا ثار الخلاف بين الفقهاء (1) حول الفترة التي يمتد بها في تحديد قدم العيب " هل هو وقت ابرام العقد ام وقت التسليم بالنسبة للعيب الخفي " الافة العارضة " ، فان مثل هذا الخلاف لم يثر بالنسبة لتخلف الصفة ، ذلك ان نص المادة 379 / 1 مدني جزائري

---

(1) انظر في هذا الموضوع ما سبق شرحه في ص 69 الى 76 من هذا البحث .

./.

والمادة 447 / 1 مدني مصري حدد صراحة الفترة التي يمتد فيها بتخلف الصفة - اى شرط القدم - وهو وقت التسليم حيث قال "اذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد البائع بوجودها وقت التسليم".

ونلاحظ هنا ان الغالب ان تكون الصفة التي تخلفت وقت التسليم متخلفة وقت العقد ، كما لو كفل البائع للمشترى ان الحصان المبيع من سلالة معينة ، او ان اساس المنزل معد لتحمل عدد معين من الطبقات.

ولكن هنا المتصور ان يكفل البائع للمشترى وجود صفة في المبيع تكون موجودة فعلا وقت العقد ثم تخلفت بعد ذلك وقبل التسليم ، كما لو كفل بائع الارض الزراعية للمشترى ان مستواها اكثر انخفاضا من مستوى مياه الرى بحيث لا تحتاج في ريها الى الات لرفع المياه ثم يتغير نظام الرى بفعل السلطة العامة فينخفض مستوى مياه الرى بحيث لا يمكن رى الارض الا بالات رافعة (1).

واذا كان شرط القدم طبقا لنص المادة 379 / 1 مدني جزائرى يشترط لقيام الضمان بالنسبة للعيب و تخلف الصفة ، فان باقي الشروط الاخرى وهي شرط التاثير ، وشرط الخفاء ، وعدم علم المشترى بالعيب غير مطلوبة ولا يمكن تطبيقها بالنسبة لتخلف الصفة ، انما يقتصر تطبيقها على العيب بمعنى الافة العارضة فقط.

---

(1) انظر ، منصور مصطفى منصور ، المبحث السابق - ص 579 .

فبالنسبة لشرط التأثير (او الجسامة) فانه غير مطلوب في تخلف الصفة لان كفالة البائع وجود هذه الصفة يعني انه يضمن تخلفها ايا كانت درجة تاثيرها في قيمة المبيع او في نفعه ،كما يعني ان لهذه الصفة اثرا معتبرا عند المتبايعين بحيث يعتبر مجرد تخلفها موثرا في قيمة المبيع،او موثرا في منفعته بحسب ما هو مبين في العقد (1) والا لما لجأ المتعاقدان الى اشتراطه في عقد البيع .

واما عن شرط الخفاء فهو الاخر غير مطلوب بالنسبة لتخلف الصفة،فان كان البائع يضمن العيب بمعنى الافة . خفيا كان ام ظاهرا ،فانه قياسا على ذلك يضمن البائع تخلف الصفة التي كفل للمشترى وجودها في المبيع، سواء كان تخلفها خفيا او ظاهر وان كفالة البائع لوجود هذه الصفة يجعل المشترى مطمئنا على المبيع،فلا يعتبر مقصرا اذا لم يقم بفحصه كما يفهم من تأكيد البائع وجود هذه الصفة ،انه ضامن لها حتى اذا لم يستطع المشترى ان يتبين تخلفها وقت التسليم (2) .

وما قيل بالنسبة لشرط الخفاء يقال ايضا في شرط عدم علم المشترى فهو ايضا غير مطلوب بالنسبة لتخلف الصفة ،لان الغرض ان المشترى يجهل تخلف الصفة ولهذا كفل له البائع وجودها ،واذا فرض

---

(1) انظر منصور مصطفى منصور - المبحث السابق - ص 572 .
سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 414 فقرة 216 .
اسعد دياب - المرجع السابق - ص 77 .

(2) انظر سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 417 .

./.

ان المشتري كان يعلم بتخلف الصفة، فان علمه هذا لا بد ان يكون محاطا بالشك وعدم اليقين (1) .

نخلص من هذا كله الى نتيجة هامة وهي انه لا يشترط لقيام الضمان بالنسبة لتخلف الصفة التي كفل البائع للمشترى وجودها في المبيع الا شرطين اثنين فقط .

الاول - يستقل به ضمان تخلف الصفة، وهو شرط تخلف هذه الصفة التي كفلها البائع للمشترى .

الثاني - ماخوذ من ضمن شروط العيب الخفي وهو شرط القدم، اى ان تتخلف هذه الصفة في وقت معين، وهو وقت التسليم .

وهكذا يلاحظ انه من ضمن شروط العيب الخفي التي قررها المشرع في المادة 379 / 1 مدني جزائرى لقيام العيب الخفي ومطالبة البائع به، لا يمكننا ان نطبق منها الا شرط واحدا وهو شرط القدم اما باقي الشروط الاخرى فلا يمكن تطبيقها في ضمان تخلف الصفة لان مجالها ليس فيها .

وشرط القدم الذى يستلزمه قيام ضمان تخلف الصفة يمكن استخلاصه من القواعد العامة . وبذلك نستغني عن احكام الضمان التي ادمج فيها المشرع تخلف الصفة والحقه بالعيب الخفي الافة العارضة .

---

(1) انظر، منصور مصطفى منصور - المبحث السابق - ص 582 .

./.

فشرط تخلف الصفة التي تعهد البائع بوجودها وقت التسليم يمكن ترجمته طبقا للقواعد العامة، فنقول ان البائع في هذه الصورة يعتبر مخلا بالتزام عقدى، وهو الالتزام بتسليم الشيء المبيع كما هو متفق عليه في العقد، الا ان البائع لم ينفذ التزامه وذلك بتسليمه المبيع في غير الصفة المتفق عليها في العقد، وتبعا لذلك يكون للمشترى وطبقا للقواعد العامة الحق في طلب فسخ العقد .

ولذلك يبدو لنا ان القواعد العامة المتعلقة بالفسخ في حالة اخلال البائع بتنفيذ التزامه المتمثل في تسليم المبيع مطابقا لما اتفق عليه في العقد، كفيلة بحماية المشترى، ولا حاجة لادماج تخلف الصفة ضمن احكام ضمان العيب الخفي وذلك للاسباب التالية :-

اولا - ان النص في المادة 1/379 مدني جزائرى على ضمان البائع لتخلف الصفة التي كفل للمشترى وجودها في المبيع يعتبر ترديدا للقواعد العامة، وليس فيه ما يضيف حماية للمشترى، بل على العكس من ذلك قد يضار المشترى لو اختار احكام الضمان بدلا من القواعد العامة .

ويضاف الى ذلك ان وجود وسيلتين في تقنين واحد لتحقيق نتيجة واحدة يعد عيبا في هذا التقنين لما يثيره من لبس وغموض لدى المحكام في اختيار اى نظام تطبق .

ثانيا - ان قيام ضمان البائع لتخلف الصفة يتوقف على وجود تعهد من البائع للمشترى على وجود هذه الصفة في المبيع مما يجعل

./.

مصادر الضمان في تخلف هذه الصفة هو الاتفاق بين المتعاقدين ومن ثمة يكون مشمولا بنص المادة 384 مدني جزائرى التي تجيز للمتعاقدين ان يعدلا من احكام ضمان العيب باتفاق خاص.

ثالثا - لو ان المحكمة فسرت نص المادة 379 / 1 مدني جزائرى على انه خاص يقيد النص العام الوارد في القواعد العامة، فان احكام الضمان التي جاءت لحماية المشترى تنقلب لمصلحة البائع فيما يتعلق بضمان تخلف الصفة . ذلك ان دعوى الرد الممنوحة للمشترى في حالة تخلف الصفة لا تلزم البائع الا برد قيمة المبيع اثناء اكتشاف تخلف الصفة . وقد تنقص قيمة المبيع على الثمن الذى دفعه المشترى ثم ان دعوى الرد التي منحها المشرع للمشترى في حالة ثبوت حقه في ضمان العيب الخفي، ما هي في الاصل الا حق من حقوق المشترى في حالة ضمان الاستحقاق، فالمشرع لم يضع احكاما خاصة يستقل بها ضمان العيب الخفي، انما نص في المادة 381 مدني جزائرى على تطبيق احكام المادة 376 مدني جزائرى الخاصة بالاستحقاق الجزئي والتي تحيلنا الى المادة 375 مدني جزائرى والخاصة بالاستحقاق الكلي، فاذا كان من الممكن تطبيق هذه الاحكام في حالة ضمان العيب الخفي "الافة العارضة" فانه من غير الممكن بالنسبة لضمان تخلف الصفة المشروطة في العقد لاختلاف النظامين اختلافا جذريا، لذا نقترح ما يلي :-

اما ان تخرج ضمان تخلف الصفة المشروطة في العقد من بين احكام ضمان العيب الخفي ونتركه للقواعد العامة وهذا هو الاصل فيه . او نبقيه ضمن احكام الضمان ونفرد له نصا خاصا يحدد الاثار التي تترتب في حالة تخلف هذه الصفة المشروطة في العقد .

الباب الثاني

الاثار المترتبة على قيام الضمان

يترتب على وجود العيب في المبيع او خلوه من الصفة التي تعهد البائع بوجودها في المبيع على النحو الذى سبق تحديده ثبوت حق المشترى في المطالبة بالضمان ، وذلك بعد اثبات توافر الشروط الواجب توافرها في العيب الموجب للضمان كما سبق تحديدها في الفصل الثاني من الباب الاول من هذا البحث .

على ان حق المشترى في المطالبة بالضمان قد يسقط بعد ثبوته اذا اخل هذا الاخير ببعض الالتزامات التي راى المشرع انها ضرورية لحماية استقرار المعاملات بين الناس، حيث الزم المشترى بفحص المبيع عند استلامه واخطار البائع بالعيب فور اكتشافه . وقد ينفذ المشترى هذه الالتزامات، ولكن مع ذلك يسقط حقه في الضمان اذا تقاعس، ولم يطالب البائع بالضمان في خلال مدة معينة حددها القانون بنص صريح .

وعلى ذلك سنبحث الاثار المترتبة على قيام الضمان في فصلين مستقلين نتناول فيهما على التوالي :-

- ثبوت حق المشترى في الضمان .
- سقوط حق المشترى في الضمان .

./.

الفصل الاول

ثبوت حق المشترى في الضمان

تنص المادة 381 مدني جزائرى على انه" اذا اخبر المشترى البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا للمادة 376 مدني جزائرى".

وبالرجوع الى نص المادة 376 مدني جزائرى نجدها تتكلم عن ضمان الاستحقاق الجزئي وتفرق بين حالتين ، حالة رد المبيع، واسترداد قيمته ،وحالة استيفاء المبيع والمطالبة بالتعويض، حيث جاء فيهما ما يلي :-

" في حالة نزع اليد الجزئي عن المبيع او في حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشترى قد بلغت قدرا لو علمه المشترى لما تم العقد ،كان له ان يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة 375 مدني جزائرى مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذى حصل عليه منه .

واذا اختار المشترى استبقاء المبيع او كانت الخسارة التى لحقته لم تبلغ القدر المشار اليه في الفقرة السابقة ،لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع" وواضح من النص انه في حالة تطبيقه على ضمان العيب تكون بصدد حالتين :-

- **الاولى** : حالة تاثير العيب في المبيع الى درجة امتناع المشترى

./.

عن ابرام العقد لو علم بهذا العيب او بتخلف الصفة المشروطة في العقد فتكون وسيلة المشترى في هذه الحالة دعوى الرد .

- الثانية : عدم تاثير العيب في المبيع الى درجة الخسارة المنصوص عليها في الفقرة الاولى في نص المادة 376 مدني جزائري فتكون وسيلة المشترى في هذه الحالة دعوى التعويض.

ونتناول هاتين الوسيلتين في مبحثين مستقلين :-

المبحث الاول : دعوى الرد .

اذا وجد بالمبيع عيب يضمنه البائع، وكان هذا العيب يوثر في المبيع كله، كان للمشترى حق رد المبيع كله للبائع، والمطالبة بقيمته وقت ظهور العيب، وفي هذه الحالة تكون بصدد الرد الكلي .

اما اذا كان العيب الذى اكتشفه المشترى لا يوثر في المبيع كله، وانما يوثر في جزء منه دون الجزء الاخر، وكان المبيع قابلا للانقسام، جاز للمشترى ان يرد الجزء المعيب دون الجزء الاخر، وهذا ما يسمى بالرد الجزئي . على ان دعوى الرد سواء كان الرد كليا او جزئيا، تختلف في نتائجها عن دعوى الفسخ من حيث مدى التزام البائع في كل منهما . حيث يقتصر التزام البائع في الثانية على رد الثمن الذى قبضه من المشترى بينما يلتزم في الاول برد قيمة المبيع وقت ظهور العيب، وقد تزيد قيمة المبيع عن الثمن او تنقص عنه في المرحلة ما بين البيع واكتشاف العيب .

./.

ولذلك سنتناول مفهوم دعوى الرد اولا ، ثم الرد الكلي ثانيا واخيرا الرد الجزئي وذلك ضمن مطالب ثلاثة :-

المطلب الاول : مفهوم دعوى الرد .

جاء في المادة 376 مدني جزائري والتي تحيلنا اليها المادة 381 مدني جزائري(1) انه" في حالة نزع اليد الجزئي عن المبيع او في حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشترى قد بلغت قدرا لو علمه المشترى لما اتم العقد . كان له ان يطلب من البائع المبالغ المبينة بالمادة 375 مدني جزائري مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذى حصل عليه منه" .

وبالرجوع الى نص المادة 375 مدني جزائرى نجد من بين المبالغ التي يحق للمشترى المطالبة بها هي " قيمة المبيع وقت نزع اليد " وبذلك يتضح الخلاف بين ما اخذ به كل من المشرع الجزائرى والمشرع المصرى وبين ما اخذت به الشريعة الاسلامية والقانون الفرنسي في هذا المجال ، حيث تقضي الشريعة الاسلامية والقانون الفرنسي ، على انه في حالة العيب الجسيم يلزم المشترى برد المبيع المعيب كله مقابل استرداد الثمن الذى دفعه البائع . بينما ينص المشرع الجزائرى والمصرى في هذه الحالة على رد المبيع واسترداد قيمته وليس الثمن الذى دفعه المشترى ولذلك اختلف الفقه في تحديد طبيعة هذه الدعوى .

---

(1) تنص المادة 381 مدني جزائرى على انه" اذا اخطر المشترى البائع بالعيب الموجود في المبيع في وقت ملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا للمادة 376" .

./.

فهناك من الفقهاء من يرى ان هذه الدعوى تؤدى الى فسخ العقد والفسخ هنا ما هو الا الغاء يؤدى اقراره الى ازالة حقوق الغير المنشأة على المبيع بقوة القانون ،فيسترجع البائع المبيع خالصا من الحقوق التي رتبها عليه المشترى بين تاريخ البيع واكتشاف العيب (1) .

وهناك من يرى ان هذه الدعوى ليست دعوى الغاء ،لان الفسخ لا يؤدى الى انهاء العقد بأثر رجعي ،وانما ينتهي العقد بالنسبة للمستقبل فقط .

فهو يرتب التزامات على عاتق البائع من جهة والمشترى من جهة اخرى دون ان يمس حقوق الغير المترتبة على المبيع المعيب،واذا اراد المشترى طلب فسخ البيع عليه ان يطهر المبيع اولا من الحقوق المترتبة عليه ،اذا تعذر عليه ذلك كان له العدول عن الفسخ الى تخفيض الثمن (2) .

والراى الاخير يرى ان دعوى رد المبيع هذه لا هي بدعوى الغاء ولا بدعوى فسخ ،انما هي دعوى من نوع خاص يمكن تسميتها دعوى رد المبيع Actio rédhibitoire كما في اصلها الروماني فكلمة Rédhibitoire بالرومانية تعني رد Rendre وليس الغاء (3) .

---

(1) Potier: Contrats de vente.P.217"l'achteur est en choit de demander pas actio redhibitoire, la résolution et la nultée du marché, et qu'en conséquence les choses soient remise du même état que s'il n'étant pas intervenu"

(2) Aubry et Rau.T.S.P.112.N°355.Planiol,Ripert et Hamel. N° 134.P.150

(3) GROSSE.P.316.

./.

ونرى ان هذا الراى هو الاسلم، وهو الذى اخذ به المشرع الجزائرى حيث اعطى الحق للمشترى في رد المبيع واسترداد قيمته، وليس ثمنه، وبهذا لا نكون بصدد فسخ، ولا الغاء وانما نكون بصدد دعوى لها صبغتها الخاصة، نعطيها تسميتها من الحق الذى منحه المشرع للمشترى وهو حق رد المبيع والى جانب هذا الحق، منحه المشرع حقا اخر، في حالة وجود عيب في المبيع وهو حق فسخ العقد او ابطاله (1) .

وهو بهذا يكون قد تجنب الوقوع في مثل هذا الخلط الذى وقع فيه الفقه الحديث .

والمشرع المصرى ان كان قد نص في المادة 444 مدني مصرى على ان حق المشترى في فسخ البيع او ابطاله يكون الى جانب حقه في رد المبيع، الا ان المشروع التمهيدى لهذا القانون اوضح بأن حق المشترى في رد المبيع واسترداد قيمته انما هو فسخ للعقد، ومثل هذا القول غير صحيح لما فيه من تناقض فالفسخ كما راينا نكون بصدده لو ان البائع استرد المبيع ورد ثمنه الذى دفعه المشترى، انما في دعوى الرد فالمشرع الزم البائع برد قيمة المبيع وقت ظهور العيب وليس ثمنه، والعقد في هذه الحالة لا يفسخ انما يبقى قائما وعلى اساسه يلزم البائع برد قيمة المبيع للمشترى ويلزم المشترى برد المبيع للبائع فنكون بصدد تنفيذ هذا العقد (2) فهذا العقد هو مصدر الضمان .

---

(1) انظر المادة 375 مدني جزائرى في اخر فقرتها حيث جاء فيها " كل ذلك ما لم يقم المشترى دعواه على طلب فسخ البيع وابطاله" .

(2) انظر عبد الرزاق السنهورى ـ المرجع السابق ـ ص 741 هامش 3 .
المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ـ الجزء الرابع ـ ص 133 .
./.

وخلاصة القول انه في حالة ما اذا كان الميب جسيما بحيث لو علمه المشترى لما اقدم على الشراء ،او في حالة تخلف الصفة المشروطة في العقد ،كان لهذا الاخير طبقا للمادة 376 / 1مدني جزائرى الحق في طلب رد المبيع كله للبائع ،واسترجاع قيمته .

وحق طلب الرد كمبدأ متفق عليه في القوانين الوضعية او في الشريعة الاسلامية ، يكون للمشترى دون البائع ولا يكون للمحكمة حرية الخيار باجابة الطلب ام رفضه ،انما متى توفرت شروط طلب الرد كان عليها الاستجابة اليه ،ولا تملك حق التقدير في ذلك ،بل لها حق التحقق من توفر الشروط ،والحكم بالرد يكون كاشفا وليس منشئا .

ورغم ان حق طلب الرد مخول للمشترى فانه لا يتم بارادته المنفردة بل يجب ان يكون بارادة الطرفين او عن طريق القضاء وهذ عكس ما نجده في احكام الشريعة الاسلامية التي تفرق بين حالتين :-

-الاولى : يكون فيها الرد بارادة المشترى المنفردة دون حاجة لارادة البائع ،ولا للتقاضي ،ونكون بصدد هذه الحالة اذا وجد عيب في المبيع بعد انعقاد العقد ودون القبض اى التسليم ،فهنا العقد يكون صحيحا ونافذا ولازما من جهة البائع فقط . وغير لازم للمشترى ،وبذلك يكفي ان يقول المشترى رددت المبيع فيفسخ البيع .

- والثانية : هي حالة وجود العيب بعد انعقاد وقبض المبيع (اى التسليم) ففي هذه الحالة حق طلب الرد لا يكون الا بتراضي الطرفين او التقاضي ، ذلك ان العقد بعد قبض المبيع اى تسليمه للمشترى يكون ملزما للطرفين (1) .

المطلب الثاني : الرد الكلي .

يتمتع المشترى بهذه الدعوى اصلا اذا كان المبيع معيبا بعيب جسيم جعله غير صالح للغرض الذى اعد من اجله وانقص من قيمته بحيث لو علم به لما اقدم على الشراء .

وهذه الدعوى اذا كانت تمنح للمشترى حقوقا معينة ، فانها حطته من جهة اخرى بالتزامات محددة كما هو الشأن ايضا بالنسبة للبائع . فنبحث اولا التزامات المشترى ثم التزامات البائع .

اولا - التزامات المشترى :-

منح المشرع الجزائرى للمشترى في المادة 376 مدني جزائرى التي تحيلنا اليها المادة 381 مدني جزائرى الحق في رد المبيع للبائع ويكون له ذلك في حالة ما اذا كان العيب جسيما واختار المشترى رد المبيع الى البائع وفي مقابل هذا يقع على عاتق المشترى التزام نصت عليه المادة 376 مدني جزائرى" . ... . .كان له ان يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذى حصل عليه منه" .

(1) انظر البدائع للكساني - الجزء الخامس - ص 281 .
المغني لابن قدامة - الجزء الرابع - ص 173 - 174 .
عبد الرزاق السنهورى - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - الجزء الرابع - ص 252 .

./.

وما يؤخذ على هذه المادة انها اتت غامضة غير موضحة لالتزامات المشترى او لما يلتزم برده للبائع في مثل هذه الحالة كما فعلت بعض التقنينات (1) .

وبالمقارنة مع هذه التقنينات يمكننا ان نحدد التزامات المشترى دون ان نحمل النص اكثر مما يحتمل (2) فيلتزم المشترى ان يرد للبائع ما يلي :-

1- المبيع المعيب ذاته :-

على المشتري ان يرد للبائع المبيع كله بالعيب اللاحق به ، ويرده له كما استلمه منه دون تغيير او تبديل في حالته ، واستلزام رد المبيع كما استلمه المشترى يتطلب ان يرده باجزائه كاملة ، كما يقتضي كذلك ان ترد معه اى مع المبيع توابعه التي كانت موجودة معه عند البيع وتسلمها المشترى ، كما يلتزم كذلك برد التوابع التي الحقت بالمبيع بعد البيع . بل وبصفة عامة يلتزم برد كل ما التحق به بعد ابرام العقد بما في ذلك الزيادات الناجمة عن الالتصاق الذى تم بعد البيع الى حين الرد ، والتي اندمجت في المبيع فصارت جزءاً منه ، والحال هنا يتعلق بشيء واحد غير قابل للتجزئة او اشياء وكان البعض منها فقط معيبا ، ولكنها لا تقبل التجزئة ، او لا يمكن التفرقة بينها دون الحاق ضرر بها .

---

(1) انظر التقنين المدني اللبناني في المادة 454 .
وانظر اسعد الدياب - المرجع السابق - ص 189 .
(2) انظر الدكتور حسن فرج - المرجع السابق - ص 466 هامش 1 .

./.

وعدم امكانية التجزئة اما ان ينجم عن وحدة الغاية التي اعد لها المبيع تبعا للعادات المعمول بها في هذا الشان واما ان ينجم عن اتفاق الطرفين الضمني اوالصريح (1) مثاله بيع يرد على زوج من الخيل معد لجر عربة ذلك ان العيب في احدهما يوجب رد الاثنين معا . اذ لا يمكن مباشرة دعوى الرد الجزئي في مثل هذه الحالة (2) .

وقد يتعذر على المشترى رد المبيع للبائع كما تسلمه منه ويتحقق ذلك في الحالات التالية :-

أ - حالة ما اذا كان سبب التغيير في الشيء مرده الى العيب ذاته فيعاد المبيع بالحالة التي هو عليها (3) وهنا لا يثور اى اشكال كما انه اذا الحقت المبيع اضرار خفيفة غير ناجمة عن العيب فيجوز في هذه الحالة الرد مقابل تعويض للبائع من طرف المشترى عن هذه الاضرار .

ب - حالة تغيير المبيع بسبب لا علاقة للعيب فيه في هذه الحالة قد يكون للمشترى سبب في ز تغيير المبيع فيتعذر عليه رد المبيع للبائع بحالته الاولى . كما اذا قرر المشترى على المبيع حقوقا عينية للغير . فبهذا التصرف يكون

---

(1) حكم المحكمة اولمار في 19 جانفي 1969 - د الوز 1871 - م - 8 .
تميز فرنسي تجارى 221، 10، 1988، المجموعة المدنية - الجزء الرابع رقم 287 2564 .

(2) Palniol, Ripert et Hamel.N°142.portier.N°440.

(3) انظر عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص 741 -742 .

./.

قـــد غيـــر فـي حالــة المبيـــع . وبــذلـك يمتنـع عنـه الـرد . ولا تثـــار ايـــة صعوبــة اذا كـان هـذا التغيـر بعـد علـم المشتـرى بالعيـب، اذ بهـذا التصـرف يعتبـر انـه تنـازل عـن حقـه فـي الـرد تنـازلا ضمنيـــا بـل تثـار الصعوبـة اذا كـان تقريـــر هـذه الحقـوق قـد تم قبـل علـم المشتـــرى بالعيـــب، فهـل حقـه فـي الـرد يسقـط ام انـه يشتـرط التطهير مـن هـذه الحقـوق حتـى يكـون لـه الحـق فـي الـرد ؟

ان هـذه المسالـة اثارت جـدلا كبيـرا فـي الفقـه الفرنسـي وذلـــك راجـع لاختلافهـم حـول طبيعـة الدعوى (دعوى الـرد) هـل هـي دعـــوى فسـخ ام دعـوى الغـاء (1) . وهـل تقريـــر الفسـخ يـزيـل حقـوق الغيـــر بقـــوة القانـون وبـذلـك يعـود المبيـع للبائـــع خالصـا مـما قرره عليـــه المشتـــرى من حقـوق خـلال الفتـرة ما بيـن البيـع واكتشـاف العـيـــب ام انـه لكـي يرجـع المشتـــرى بالضمــان يجـب ان يخلـص المبيـــع اولا مـــن الحقـــوق التـي قررهـــا عليـه . واذا لـم يستطـع ذلـك لا يكـون له الا تخفيض الثمـــن .

رغـم هـذا الخـلاف فانـه ينبغـــي ان يـراعـي ان المشتـرى قـد ينتفـــع مـن المبيـــع خـلال الفتـرة التي تمـر بيـن العقـــد واكتشـــاف العيـب، وقـد تصعـب ازالـــة الاثـار التـــي تتـرتـب علـى الافـادة من المبيـع خـــلال تلـك الفتـرة باثـر رجعـي . مما يـؤدى الـى القـول بـان الـرد هنـا لا يـزيـل بقـوة القانـون مـا تـرتـب من اثـار ومنهـا مـا تقـرر مـن حقـوق للغيـــر علـى المبيـــع خـلال تلـك الفتـرة (2) . ومـؤدى ذلـك ان المبيـع يعـود الـى البائـــع محملا بالحقوق التي قررها المشتـرى للغيـر (3) .

---

(1) انظر ما سبق شرحه في المطلب الاول من هذا المبحث .

(2) GROSS.La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats.Thèse Nancy 1962(L.G.D.J.1964.N°334.P.315.

(3) GROSS.N°335.P.316.

فاذا لم يستطيع تخليص المبيع مما تقرر عليه من حقوق قبل الرد لا يكون له في طلب الرد الكلي للمبيب، بل يكون له فقط حق المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب نقص قيمة المبيع او منفعته بسبب العيب (1) .

ويعفى المشترى من الرد اذا كان الشيء قد استهلك نتيجة استعماله . كشراء حبوب للبذار او شتل للغروس(2) .

2 - رد الثمار :-

على المشترى الذى اختار طريق الرد الكلي ، ان يرد للبائع الى جانب الشيء المبيع كل ما افاده منه اى من المبيع وبوجه عام يلتزم برد الثمار من تاريخ رد المبيع بالتراضي او من تاريخ الحكم بالرد ، اى ان الثمار تكون من حق البائع من تاريخ رد المبيع .

كما يلتزم ايضا برد الثمار السابقة على هذا التاريخ ، وهذه تتمثل في الثمار التي جناها قبل الرد . ويدخل فيها جميع ما انتجه المبيع من ثمار ، او ما حصل عليه المشترى من مزايا عن طريق استعماله للشيء (3) . والا يكون قد اثرى على حساب الغير وهذا عكس ما نجده في احكام الشريعة الاسلامية التي تقتضي بحق المشترى في ثمار المبيع المعيب وذلك على اساس

---

(1) حسن فرج - المرجع السابق - ص 469 .

(2) تميز فرنسي 22 - 3 - 1953 .

(3) يرى القضاء الفرنسي ان فسخ بيع شاحنة يرتب على عاتق المشترى ، وجوب رد الارباح التي جناها من جراء تشغيل هذه الشاحنة اكثر من مرة تميز فرنسي 1 - 1924 مجلة القصر 1924 - 2 - 378 .

./.

القاعدة التي قال بها رسول الله صلى الله عليه وسلم "الخراج بالضمان (1) ومعنى قوله هذا ان ثمار المبيع تكون للمشترى ،فالخراج هو الدخل والمنفعة ،فكل ما خرج من شيء فهو خراجه ،فخراج الشجرة ثمارها ،وخراج الحيوان دره ونسله ،اى يملك المشترى الخراج الحاصل من المبيع بضمان الاصل الذى عليه اى بسببه . فاذا اشترى رجل ارضا فاستغلها ،او دابة فركبها او عبدا فاستخدمه ثم وجد به عيبا قديما اى سابقا على البيع،فله حق الرد ويستحق الغلة في مقابلة الضمان للمبيع الذى كان عليه ،اى انه في ضمانه فلو هلك عليه ومن ماله ،هذا عن عموم النص" الخراج بالضمان" انما فقهاء الشريعة الاسلامية فصلوا فيه على النحو التالي :

أ - ان تكون الزيادة متصلة ،كالسن والكبر والثمرة قبل التأبير فانه يردها بنمائها .

ب - ان تكون الزيادة منفصلة وهي نوعان :-

أ - ان تكون الزيادة من غير عين المبيع ،كالقسب وهو معنى قوله "واستغلها" يعني اخذ غلتها وهي المنافع الحاصلة من جهتها كالخدمة والاجرة ،فكل ذلك للمشترى مقابل الضمان ،لان الشيء لو هلك هلك من ماله وهذا هو معنى " الخراج بالضمان" .

---

(1) عن عائشة رضي الله عنها " ان رجلا اشترى عبدا فاستغله ما شاء الله ثم وجد به عيبا فرده . فقال يا رسول الله انه استغل غلامي ،وفي حديث آخر" غلة عبدى" فقال الرسول صلى الله عليه وسلم" الخراج بالضمان" رواه ابو داوود .

./.

ب - ان تكون الزيادة من عين المبيع، كالولد والثمرة واللبن، فهي للمشترى ايضا، ويرد الاصل دونها (1) .

وحبذا لو سار المشرع الجزائرى على هذا النهج، لكان اسلم مما هو عليه، ذلك انه في نص المادة 375 مدني جزائرى التي التزم فيها المشترى برد الثمار للبائع، نص في المادة 376 مدني جزائرى على التزام البائع برد قيمة الثمار التي تسلمها الى المشترى، فكان من الاحسن ان يعفي المشترى من هذا الالتزام، ويمنح له الحق في هذه الثمار على اساس القاعدة الشرعية " الخراج بالضمان " فهذه القاعدة منحت هذا الحق للمشترى على اساس انه مالك للشيء عند انتفاعه به، فالمنفعة هذه المتمثلة في الثمار لم يحصل عليها المشترى مجانا، لانها لم تكن جزءا من المبيع، فهو لم يملكها بالمبيع انما ملكها بالضمان، والضمان هنا كما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم هو ضمان الملك والخراج لمن هو مالك للشيء . واذا اتلفت اتلف على مالكه .

واما الفقه الفرنسي فيرى جعل الثمار التي يحصل عليها المشترى من المبيع مقابل فوائد الثمن الذى يلتزم البائع بردها للمشترى .

وهناك من رجال الفقه الفرنسي من يرى اجراء المقاصة بين قيمة الثمار الواجب ردها، وبين الفوائد، فوائد الثمن الذى يلتزم

---

(1) انظر الاشباه والنظائر، للشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجم ص 151 . فقه السنة - السيد السابق - ص 114 و 115 . المغني لابن قدامه - الجزء الرابع - ص 160 - 161 . المبسوط للسرخسي - ص 102 .

البائع بردها للمشترى (1) . اما البعض الاخر منهم فيرى ان اجراء مثل هذه المقاصة غير جائز لانه يتعارض مع القاعدة التي تقضي بان الفسخ يعيد الطرفين حكما الى ما كان عليه قبل البيع، ويعتبر الالتزام كانه لم يكن (2) .

ثانيا - التزامات البائع :-

مقابل التزامات المشترى التي حددها القانون في حالة رد المبيع كليا، على اساس دعوى الرد، هناك التزامات تقع على عاتق البائع في مثل هذه الحالة، حددها ونظمها المشرع طبقا لنص المادة 375 مدني جزائرى، وهذه المادة تحدد التزامات البائع بصفة عامة غير مفرقة بين البائع الحسن النية والبائع السيء النية .

لذا نبدأ اولا في بحث التزامات البائع بصفة عامة والمفروض فيه انه حسن النية . ثم نبحث التزامات البائع السيء النية، وما هو النص الذى يطبق عليه .

1 - التزامات البائع الحسن النية :-

في حالة العيب الجسيم، واختيار المشترى رد المبيع على اساس دعوى الرد، ورد الثمار التي جناها منه، كان على البائع في هذه الحالة وفي مقابل هذا الالتزام ان يرد للمشترى طبقا لنص المادة 375 مدني جزائرى ما يلي :-

(1) Aubry .Rou.N° 355.

(2) Planiol, Ripert et Hamel.P.154.N°131.

دالوز تحت عنوان " Vice Rh " رقم 122 .

لوران - المرجع السابق رقم 293 - ص 288 .

انظر ايضا السنهورى - المرجع السابق - ص 742 .

./.

أ - قيمة المبيع :-

اختلف الفقهاء حول قيمة المبيع التي يلتزم البائع بردها للمشترى هل هي قيمته غير معيب وقت ظهور العيب (1) ام قيمته غير معيب وقت البيع (2) ؟

ارى ان المادة 375 مدني جزائرى قد اعطت الحل ، حيث انها الزمت البائع في حالة الاستحقاق الكلي ان يرد للمشترى قيمة المبيع وقت الاستحقاق .

وبما ان المشرع قال بتطبيق هذه الاحكام على ضمان العيب الخفي ، فان البائع يلزم برد قيمة المبيع غير معيب وقت ظهور العيب، وفي هذا يختلف القانون الجزائرى عن القانون الفرنسي والشريعة الاسلامية (3) .

ففي احكام هذين الاخيرين يلتزم البائع برد الثمن الذى دفعه المشترى ، مقابل استرداد الشيء المبيع المعيب، وهنا تكون بصدد فسخ للعقد ، بينما في القانون الجزائرى تكون بصدد تنفيذ للعقد وليس فسخا له.

---

(1) لبيب شنب ومجدى صبحي - المرجع السابق رقم 200 - ص 276 .
جميل الشرقاوى - المرجع السابق - ص 298 رقم 75 .
(2) السنهورى - المرجع السابق - ص 742 رقم 374 .
حسن فرج - المرجع السابق - ص 471 .
(3) انظر المادة 519 و 523 من كتاب مرشد الحيران .
والمادة 1645 من التقنين المدني الفرنسي .

./.

وبالنسبة للقانون المصرى وهذا بخلاف القانون الجزائرى فان البائع يلتزم الى جانب رد قيمة المبيع برد الفوائد من وقت الاستحقاق ، وبما ان هذه المادة هي المطبقة في احكام العيب الخفي فكان على البائع رد هذه الفوائد من وقت ظهور العيب.

ونفس الوضع في القانون الفرنسي حيث يلزم البائع برد الثمن مع فوائده من يوم قبض الثمن الى حين الرد . ما لم تر المحكمة جعل الفوائد مقابل ثمار المبيع التي يتعين على المشترى ردها الى البائع ، اى انه تجرى مقاصة بينهما .

ب ـ المصروفات :-

نصت المادة 375 مدني جزائرى في فقرتها الثالثة على التزام البائع برد المصاريف النافعة التي يمكنه ان يطلبها من صاحب المبيع ، وكذلك المصاريف الكمالية اذا كان البائع سيء النية .

يؤخذ على هذه المادة انها لم تلزم البائع برد المصاريف الضرورية التي يكون المشترى قد انفقها على المبيع لصيانته وحفظه فهل يتحمل المشترى هذه المصاريف ، ويلزم البائع فقط برد المصاريف النافعة والكمالية ؟ .

ان هذه المادة كما راينا خاصة بضمان الاستحقاق ، وفي ضمان الاستحقاق المستحق هو الذى يلزم برد المصاريف الضرورية وليس البائع ، وبما ان المشرع قال بتطبيق هذه المادة على ضمان العيوب

---

(1) انظر حسن فرج ـ المرجع السابق ـ ص471 هامش 2 .

./.

/

الخفية،وفي مثل هذه الحالة:لا يوجد مستحق يعود عليه المشترى فان هذا الاخير، يعود على البائع لانه هو الذى يسترد الشيء المبيع (1) المعيب،واذا كان المشرع قد الزمه برد المصاريف النافعة والكمالية فمن باب اولى وفي مثل هذه الحالة يكون ملزما برد المصاريف الضرورية التي انفقها المشترى على المبيع خلال الفترة التي يوجد فيها بين يديه من وقت تسلمه الى حين رده، كترميم حائط المنزل المبيع بحيث لو امتنع عن ذلك لتهدم هذا الحائط وهذا يكسب البائع منفعة مما يستدعي الزامه بالمصاريف التي انفقها المشترى والتي ادت الى هذه المنفعة،والا يكون البائع قد اثرى على حساب المشترى (2) .

الى جانب المصروفات الضرورية التي يرجع بها المشترى على البائع له ان يرجع عليه ايضا وبنص القانون بالمصروفات النافقة التي يكون قد انفقها على المبيع،وهذه المصروفات النافعة هي تلك المصروفات التي تهدف الى الزيادة في قيمة المبيع بسبب التحسينات التي يدخلها المشترى على الشيء المبيع كبناء جدار لبستان، او غرس شجر فيه، او شق طريق او حفر قناة في العقار لجعل الارض صالحة للزراعة، فهذا كله يعود الى

---

(1) انظر السنهوري، المرجع السابق - ص 742 هامش 2 .
حسن فرج - المرجع السابق - ص 473 .

(2) حسن فرج - المرجع السابق - ص 472 .

Baudry et soignat N° 437.
Planiol, Ripert et Hamel.T.10.N° 134.P.152.

./.

البائع بفائدة حين استرداده الشيء المبيع المعيب، فعليه رد هذه المصروفات والا كان قد اثرى على حساب الغير وهو المشترى، وهذه المصروفات يعود بها المشترى على البائع سواء كان حسن النية او سيء النية، عكس المصروفات الكمالية التي لا يعود بها المشترى على البائع الا اذا كان هذا الاخير سيء النية .

ج ـ المصروفات الخاصة بدعوى الضمان :-

قد يضطر المشترى لرفع دعوى الضمان ضد البائع، ذلك في حالة ثبوت حق الضمان للمشترى على اساس وجود عيب في المبيع وتوافرت كل شروطه القانونية، واخطر البائع بهذا العيب في الوقت الملائم، ولم يسلم به البائع للمشتري في مثل هذه الحالة الحق في رفع دعوى ضد البائع، هي دعوى الضمان، ومصروفات هذه الدعوى يعود بها المشترى على البائع طبقا لما ورد في نص المادة 375 مدني جزائرى .

د ـ التعويضات :-

ان اخر فقرة اوردتها المادة 375 مدني جزائرى اعطت الحق للمشترى في الرجوع على البائع بالتعويض عما لحقه من الخسائر وما فاته من كسب بسبب الاستحقاق، ونفس النص كما راينا يطبق في حالة ضمان العيب الخفي، بحيث يكون للمشترى الحق في طلب التعويض من البائع اذا توافرت شروط الضمان للعيب الخفي فما هي عناصر هذا التعويض الذى يلتزم به البائع، نحن هنا دائما مع البائع الحسن النية .

./.

لم تحدد الفقرة الخامسة من المادة 375 مدني جزائري عناصر التعويض بل قالت" .... وبوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر وما فاته من كسب بسبب ..." فهنا رجوع المشترى على البائع يكون بصفة مطلقة ،عكس القانون الفرنسي الذى حدد رجوع المشترى على البائع بالتعويض مراعيا في ذلك مركز البائع الحسن النية والبائع السيء النية .

اذا حاولنا تنفيذ هذه الفقرة التي اتت بها المادة 375 مدني جزائرى "وبوجه عام تعويضه ...." يمكننا ان نقول ان هذا التعويض يحتوى على عنصرين ،العنصر الاول يشمل مصروفات العقد ،والعنصر الثاني منه يشمل التعويضات التي يلتزم بها البائع بسبب الاضرار الناتجة عن عيوب الشيء المبيع .

أ - نفقات العقد :-

يمكننا ان نحصر نفقات العقد التي انفقها المشترى في المصاريف والرسوم التي يقوم عادة بدفعها ،ويدخل ضمنها مصاريف العقد والدمغة والسمسرة ، والتوثيق والتسجيل ،ومصاريف ازالة الرهن والتامين . ورسوم الجمارك اذا ادخلها المشترى وبصفة عامة يلتزم البائع بالمصروفات التي تصاحب العقد عادة وكل ما يتحمل به المشترى في سبيل تنفيذ العقد ،وما يعتبر نتيجة طبيعية مباشرة له (1) .

---

(1) حسن فرج المرجع السابق - ص 474 .
السنهورى - المرجع السابق - ص 741 و 742 .
حامد زكي والهلالي - المرجع السابق - ص 407 .

./.

اذا كان هذا هو الحال في القانون المدني الجزائرى، فان الوضع يختلف في القانون الفرنسي، فهذا الاخير هو ايضا لم يحدد عناصر التعويض الذى يلتزم بها البائع، مع العلم انه يفرق بين البائع الحسن النية والبائع السيء النية، فالاول يلتزم برد الثمن والمصروفات التي انفقها المشترى بسبب العقد .
"Les frais occasionée par le contrats" Art. 1646.Co.Ci "
والثاني يلتزم الى جانب رد الثمن بالتعويض عن كل الضرر الذى لحق المشترى المتوقع وغير المتوقع، المادة 1645 مدني فرنسي .

وبسبب هذه التفرقة بين البائع السيء النية والبائع الحسن النية، وبسبب غموض النص الاول، ثار اشكال بين الفقه والقضاء الفرنسيين حول تحديد عناصر التعويض الذى يلتزم بردها البائع الحسن النية من خلال تفسير عبارة المصروفات التي سببها
Les frais occasionée par le contrats

فقد اعتبر الفقه انه يدخل ضمن نفقات البيع المتمثلة في مصاريف العقد، السمسرة والتسجيل ونفقات رفع المبيع ونقله الى محل المشترى، والمصاريف المتعلقة بالمحافظة على البضاعة وكل ما تحمله المشترى في سبيل العقد وما يعتبر نتيجة طبيعية ومباشرة له (1) .

---

(1) Baudry et soignat N°437.
P.Dalloz.Vice Rdhi.N°196.
Bendaut.T.11.N° 261.
Colin et capitain: C.2.T2.N° 929.
Josserand.C. de civil.T.2.N° 1121.Cours de droit civil posotif. 6ème éd.T.2. 1930.

./.

توسع القضاء الفرنسي من جهة اخرى في تفسيره لنص المادة 1646 فحمل النص اكثر مما يحتمل ، فلم يقف عند ما ينفقه المشترى مباشرة وما يدفعه على العقد من مصاريف التي تتجاوز هذا المفهوم ، بحيث توسع في تفسير النص المذكور بطريقة ادت الى نقل البائع الحسن النية الى مرتبة البائع السيء النية ، اذ ادخل ضمن المصاريف المسببة بالعقد " les frais occasionée par le contrat" جميع النفقات الناجمة عن العيب بما في ذلك المبالغ التي يلتزم المشترى بدفعها كتعويض للغير عما سببه له الشيء المبيع المعيب من اضرار ناشئة عن عيب المبيع بجهله البائع ، وبعبارة اخرى يلتزم البائع بان يدفع للمشترى كل ما لحقه من خسارة بسبب العيب .

والنتيجة في ظل هذا التوسع هي ان البائع الحسن النية لا يعفى الا من تعويض المشترى عما فاته من كسب فقط ، ويستند هذا الاجتهاد في تفسير هذا النص الى مبررين :-

- اولهما ناجم عن مفعول الفسخ بحد ذاته الذى يؤدى الى اعادة الطرفين الى حالتهما السابقة للعقد مما يستتبع وجوب ازالة كل ضرر لحق بالمشترى .

- وثانيهما يرتكز على كون المادة 1646 مدني فرنسي لم تستعمل تعبيرا ضيقا مماثلا لنص المادة 1630 مدني فرنسي المتعلقة بضمان الاستحقاق ، والتي حددت التزامات البائع بالضمان بنفقات العقد فقط " les frais du contrat " فلو اراد المشرع هذا المعنى

الضيق لاورد نصا مماثلا لنص المادة 1630 مدني فرنسي ، وانطلاقا من هنا يقتضي تفسير النفقات المسببة بالعقد بشكل موسع بحيث تشمل جميع المصاريف والاضرار الناجمة عن العقد بما في ذلك المصاريف التي انفقت بدون فائدة على المبيع (1) وقد ايد هذا المفهوم الواسع في التفسير كثير من الفقهاء الفرنسيين (2) .

كما ان قرار محكمة التمييز الفرنسية هو الذى فتح الطريق أمام الاجتهاد للتوسع في تفسير النص، هذا القرار الذى اصدرته في 1925/10/21 والذى يتعلق بعيب لاحق بسيارة سببت حادثا الحق ضررا بالغير نتيجة ذلك العيب، مما جعل المشترى وهو السيد BERLANT الى مدعاة البائع بالضرر الذى حكم عليه به تجاه المتضرر، فاقرت محكمة التمييز الفرنسية هذا استنادا لنص المادة 1646 مدني فرنسي، اذ جاء في حيثيات حكمها هذا :-

"يجب التعويض للمشترى تعويضا كاملا" l'achteur devait être totalement dédommagé"

وقد تعرض هذا القضاء للنقد من جانب الفقه الحديث الذى قال ان المبالغ التي يحكم بها القضاء على البائع في مثل هذه الحالة

---

(1) جمال زكي ـ مشكلات المسؤولية المدنية ـ ص 415 .

(2) نقض فرنسي 1925/10/21 د الوز 1926.1.9 .مع تعليق Josserand
Planiol, Ripert et Hamel.T.10.N° 139.
De page:T.4.N° 185.
leurant:T.2.N° 294. 297.
Guillouard: Traité de la vent et de l'échange.T1.P.478.
وهذا الاخير ياخذ بجميع الاضرار فيما عدا الربح الفائت" .

./.

تكون عادلة في حالة ما اذا كان هذا البائع سيء النية لان هذا التعويض يعطي عن كل ما لحق به من خسارة وهذا لا يصح الا اذا كان الرجوع بالتعويض بصفة مطلقة على البائع لكن المشرع الفرنسي قد خرج عن هذه القواعد العامة فلم يقرر للمشتري التعويض قبل البائع الا اذا كان هذا الاخير سيء النية (1) .

ونتيجة لهذه الانتقادات تراجع القضاء الفرنسي عن تفسيره اللامحدود لعبارة النص الوارد في المادة 1646 مدني فرنسي les frais occasionée par le contrat فحصر المصاريف ضمن مفهومها التقليدي دون التوسع في مداها حتى تظل الحدود واضحة بين ما يلتزم به البائع الحسن النية والبائع السيء النية (2) .

---

(1) Baudry et soignat:N°437.
Planiol, Ripert et Hamel:N°134.Page 152.
Josserand: cass.F.21 Oct. 1925.D.P.1926.1.9.
(note critique de josserand).

(2) تمييز فرنسي 1959/2/10 - الاسبوع القانوني - 110362/19/9 .
تمييز فرنسي 4-2-1963 الاسبوع القانوني 13159-2-1963 .
" مع تعليق سافتيه " .
غرض تجارية 22-6-1967 الاسبوع القانوني 4-2-1967 - ص 120 .

./.

أ - التعويضات بسبب الاضرار الناتجة عن عيوب المبيع :-

طبقا للمسؤولية العقدية يلتزم المدين بالتعويض عن الضرر الذى يلحق الدائن سواء كان هذا المدين حسن النية او سيئها ومبدأ الالتزام بالتعويض في كليهما ، قد يتسع (مدى الالتزام بهذا التعويض) او يضيق تبعا لسوء نية المدين او حسن نيته .

وفي الالتزام بالتعويض على اساس دعوى ضمان العيب فان المشرع الجزائرى لا يقيم وزنا لنسبة البائع - كما هو عليه الحال في القانون الفرنسي الذى يمنح حق التعويض للمشترى اذا كان البائع يعلم بالعيب فقط . اما اذا كان يجهل العيب فيكون للمشترى الحق في طلب نفقات العقد دون التعويض، المادة 164 -1646 - ويجيز للمشترى ان يطلب التعويض عما اصابه من ضرر بسبب العيب - ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب - اذا اختار رد المبيع المعيب .

ومع ذلك فاذا كانت النصوص الخاصة بالضمان للعيب الخفي اتت خيالية من هذه التفرقة فان القواعد العامة كما راينا تفرق بينهما ، فتقصر حق المشترى في التعويض عن الضرر المتوقع فقط اذا كان البائع حسن النية ، ويمتد حقه في حالة سوء نية البائع الى الضرر غير المتوقع .

وما يفهم من المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدني المصرى الذى نقل عنه المشرع الجزائرى ان المشرع المصرى ، عندما سكت عن هذه التفرقة في نصوص الضمان انما كان يرمي الى تطبيق القواعد العامة في حالة مطالبة البائع بالتعويض عن الضرر الذى لحق المشترى بسبب العيب .

./.

فجاء في المذكرة انه" ويزيد التعويض او ينقص تبعا لما اذا كان البائع سيء النية اى يعلم بالعيب او حسن النية، اى لا يعلم به . ففي الحالة الاولى يعوض عن الضرر المباشر حتى لو لم يكن متوقعا . وفي الحالة الثانية لا يعوض الا عن الضرر المباشر المتوقع" (1) .

2 - التزامات البائع سيء النية :-

ان التزامات البائع السيء النية لم تحددها احكام الضمان الخاص بالعيب الخفي وبذلك، فانه يلتزم طبقا لهذه الاحكام بما يلتزم به البائع الحسن النية لان النص عام . لكن طبقا للقواعد العامة يلتزم زيادة عما التزم به البائع الحسن النية بالتعويض عن الضرر غير المتوقع كما سبق وان راينا عند دراسة هذه المسألة ولكن ما يستدعي بحثه في هذا المجال هو تحديد من هو البائع السيء النية؟

البائع السيء النية هو ذلك الذى يعلم بعيوب الشيء المبيع ويخفيها عن المشترى ولا يصرح بها او بعدم اتصاف المبيع بالصفات التي اشترطها المشترى، ووعده البائع بوجودها ، وهذا المفهوم في تحديد صفة البائع السيء النية هو الذى اخذ به المشرع الفرنسي ، فاذا توفرت في البائع مثل هذه الصفات كان سيء النية وطبق عليه نص المادة 1645 مدني فرنسي (2) .

---

(1) المذكرة الايضاحية الجزء الرابع - ص 233 - 134 .
السنهورى - المرجع السابق - ص 683 و ص 743 .

(2) والقضاء الفرنسي مستقر على سوء النية الذى يؤدى الى الحكم على البائع بالتعويض، يعني علم البائع بالعيب" وانظر نقض مدني غرفة اولى في 1967/10/20 J.C.P.1967.II15025
ونقض مدني فرنسي 1954/11/24 (J.C.P. 1955.II. 8565) .

./.

اما في ظل التشريع الجزائرى فان علم البائع بالعيب لا يكفي كمعيار لتحديد سوء نية البائع،فعلى المشترى حتى يتحصل على التعويض عن الضرر غير المتوقع ان يثبت ان البائع كان يعلم بالعيب وانه اخفاه عنه عن غش منه وتدليس المادة 2/379 مدني جزائرى والمادة 2/383 مدني جزائرى .

فمثل هذه الصفة هي التي تثبت سوء نية البائع في القانون المدني الجزائرى وكذلك المصرى (1) وحسن النية مفترض الى ان يقوم الدليل على العكس،وعبء اثبات سوء نية البائع يقع على عاتق المشترى كما راينا .

ويلاحظ في هذا الموضوع ان صفة البائع السيء النية لا تقتصر على البائع الذى يعلم العيب،او البائع الذى اخفى العيب غشا منه عن المشترى ، انما هذه الصفة امتدت الى البائع التاجر المحترف لتجارته والبائع الصانع .

وهذا المفهوم الجديد للبائع السيء النية اول من قال به الفقه الفرنسي ثم القضاء الفرنسي .

ويمكن ارجاع جذور هذا التوسع في مفهوم البائع السيء النية الى فقه بوتيه ودوما اللذين اعتبرا كل من الصانع والتاجر ضامنا جودة بضاعته" la bouté de ses ouvrages " (2) .

---

(1) انظر، حسن فرج - المرجع السابق - ص 512 هامش 3 .

(2) بوتيه المرجع السابق - ص 213 ، حيث يقول" توجد مع ذلك حالة يلتزم فيها البائع ولو كان يجهل تماما العيب في الشيء المبيع بتعويض الضرر الذى احدثه الشيء بالمشترى ، هي حالة الصانع والتاجر الذى يبيع شيئا من صنعه او تجارته لان الصانع بمقتضى مهنته مسؤول تجاه جميع من ./.

وعلى هذا استقر الفقه الحديث في فرنسا (1) .

وهذا الاستثناء، طبق في البداية بشكل محدود ثم تطور فاقرته محكمة التمييز الفرنسية بالنسبة لبائعي السيارات المميبة (2) ثم بالنسبة لانفجار بندقية صيد اضرت بالمشترى بعد ان اشتراها من صانعها (3) وبالنسبة لبائع حجارة مصنعة ادى العيب فيها الى انهيار المدرج الذى بني بها (4) .

وتوصل الاجتهاد القضائي اخيرا الى اعتبار ان البائع المحترف يجب الا يغيب عن خبرته وعلمه وجود العيب اللاحق بالمبيع . وعلى هذا الاساس قضى بان البائع المحترف مسؤول عن الحادث

= يتعاملون معه عن سلامة مصنوعاته ، فعدم درايته او عدم علمه في كل ما يتعلق بمهنته يعتبر خطأً في جانبه فلا يجوز لشخص ان يمارس امام الكافة حرفة الا اذا احاط بجميع المعلومات الضرورية لحسن ممارستها ، وكذلك التاجر صانعا كان او غير صانع بمقتضى الحرفة العامة الى هي تجارته يكون مسؤولا عن السلع التي يبيعها وتاديتها للغرض المقصود منها . . . " .

(1) Planiol, Ripert et Hamel.T.10.N° 134.Page 152.
Aubry et Rau.T.5.N° 355.P.84.

(2) تمييز فرنسي 1929.6.05 مجلة القصر 1929 - 1 - 433 .

(3) تمييز فرنسي 1937.10.19 مجلة القصر 1937-2-803 .

(4) تمييز فرنسي 1940.10.23 مجلة القصر 1940-2-163 .

./.

المميت الناتج عن انفجار قارورة غاز بسبب عيب راجع الى عدم نقاوة هذا الغاز، لانه عليه الا يجهل وجود مثل هذا العيب (1) وقد استقر اجتهاد محكمة التمييز الفرنسية على هذا النحو في غرفتيها المدنية والتجارية على السواء (2) .

ويمكننا اعتبار البائع التاجر المحترف والصانع في حكم البائع السيء النية، كما يرى الفقه المصرى (3) ذلك انه من المفروض كما راينا عند البحث ان مثل هذا البائع يكون على دراية واسعة بحالة مبيعاته ومنتجاته، فاذا لم يطلع المشترى على عيوب مبيعه ان كانت به عيوبا، وظهرت فيما بعد جاز افتراض سوء نيته، واذا ادعى انه لم يكن على دراية بهذه العيوب او كان يجهلها، فانه في مثل هذه الحالة يعتبر مرتكبا لخطأ جسيم نتيجة اهماله بجمله في مرتبة البائع السيء النية طبقا للقواعد العامة .

---

(1) تمييز فرنسي 24 . 11 . 1954 المجموعة المدنية 1954-1-285 .

(2) تمييز فرنسي 17 . 3 . 1965 المجموعة المدنية 1 رقم 198 - ص 145 .
تمييز فرنسي 30 . 1 . 1967 الاسبوع القانوني 1967-2-15025 .
تمييز فرنسي تجارى 1 . 12 . 1964 المجموعة المدنية3 رقم532-ص574 .
تمييز تجارى فرنسي 17 . 10 . 1965 . دالوز 1965 - 353 .

(2) السنهوري - المرجع السابق - ص 742 هامش 2 .
الاستاذ انور سلطان - المرجع السابق - ص 312 فقرة 273 .
جمال زكي - مشكلات المسؤولية المدنية - ص 438 وما بعدها .

./.

وقرينة سوء نية البائع التاجر او الصانع هي قرينة بسيطة طبقا لاحكام القانون المدني الجزائري، وبذلك يمكن دحضها باثبات العكس، ولاثبات هذا يقع على عاتق البائع، بينما في القانون الفرنسي لم يقف الفقه والاجتهاد الفرنسيان ضمن حدود القرينة البسيطة وانما تعديا هذه الحدود معتبرين هذه القرينة قرينة قاطعة غير قابلة لاثبات العكس بالرغم من عدم وجود نص قانوني بذلك، وهكذا فقد اعتبر الاجتهاد ان الصانع او المحترف لا يمكنه اثبات عكس قرينة سوء النية بتقديم الدليل على حسن نيته، او على عدم ارتكابه خطأ او على تعذر اكتشافه العيب في المبيع (1) .

ولكن نرى انه مهما كان تشدد الفقه والقضاء الفرنسيان في افتراض سوء نية البائع التاجر المحترف، او الصانع فان هذه القرينة تبقى دائما قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس. ولا ترقى الى مرتبة القرينة القانونية، ذلك انه لا يوجد نص قانوني يفترض سوء نية البائع التاجر او الصانع، فلو كان مثل هذا النص موجودا لاصبحت هذه القرينة، قرينة قانونية قاطعة لا تقبل اثبات العكس.

اذا كان البائع التاجر المحترف او الصانع يعتبر في حكم البائع السيء النية، فهل يمكن نسبة هذه الصفة للبائع العرضي ؟ وهذا الاخير هو ذلك الذى لا يتخذ من بيع الشيء حرفة له اما لانه غير صانع او لانه غير تاجر . ويرد بيعه في الغالب على عقار

---

(1) تمييز فرنسي تجارى 27 . 4 . 1971 - دالوز 1971 موجز 144 .
الاسبوع القانوني 1972-2-18280 .

./.

وعادة على منقول اصبح بعد ان استعمله في غير حاجة اليه، ونادرا ما يكون منقولا جديدا ندم على شرائه (1)، وعادة يفضل المشترون التبائع معه مباشرة، ذلك بغية الحصول على ثمن اقل من الثمن الذى يفرضه عليهم الوسطاء والسماسرة، او لاتقاء الحيل التي قد يلجأ اليها البائع المحترف لدفعهم الى الشراء. خصوصا في بيع السيارات المستعملة والاثاث المنزلي المستعمل.

وكثيرا ما يلجأ البائع المحترف الى اخفاء صفته تقمصا لشخصية المالك بغية جذب الاطمئنان وتيسير المبايعة ويعتبر القضاء الفرنسي البائع ذو الحرفة الذى يقدم للمشترى عاملا عنده على انه مالك للسيارة التي يعرضها للبيع ليلعب دوره في المبايعة مرتكبا لجنحة النصب (2). وبما ان البائع العرضي ليست له الخبرة الموجودة لدى البائع المحترف فان سوء النية غير مفترض فيه. فيعتبر كالبائع العادى لذا نجد القضاء الفرنسي دقيقا في تطبيق نصوص القانون في العيوب الخفية على البيع الذى يجريه هذا البائع، فاذا كان حسن النية لا يلتزم الا برد جزء من الثمن يحدده اهل الخبرة دون اية تعويضات اذا اختار المشترى استبقاء المبيع، او رد كل الثمن مع المصروفات التي اوجبها البيع، اذا اختار رد المبيع ولا يلتزم في الحالتين بتعويض الاضرار التي يحدثها الشيء للعيب الخفي فيه، اى باختصار فانه في حالة حسن نية البائع العرضي تطبق نص المادة 1646 مدني فرنسي وهذا ما اكدته محكمة النقض

---

(1) جمال زكي ـ المرجع السابق ـ ص 434.
(2) انظر نقض فرنسي ـ الدائرة الجنائية 5.10.1967.

./.

الفرنسية حين نقضت الحكم الذى قضى على البائع المرضي الذى كان حسن النية باع سيارة مستعملة برد المبالغ التي حكم بها على مشتريها لضحايا حادثة وقعت له بها لعيب خفي فيها، كان البائع الذى يجهل العيب. اذا كان يلتزم في حالة فسخ البيع برد الثمن ومصروفات البيع، فانه لا يلتزم بان يضمن للمشترى نتائج الضرر الذى يحدثه هذا العيب (1).

وحسن نية البائع مفترض طبقا للمبادىء العامة، وعلى ذلك يجب على المشترى ليطالب بالتعويض ان يقيم الدليل على علم البائع بالعيب، وطبقا للقانون الجزائرى ان يثبت انه اخفى العيب عن غش منه، واثبات ذلك يكون بكافة طرق الاثبات لتعلقه بواقعة مادية (2). وقد تكون مهنة البائع المرضي قرينة على علمه بالعيب فيعتبر سيء النية المهندس المعمارى في بيعه لشقة في بناء كان هو الذى اقامه (3)، وكذلك يعتبر سيء النية بائع السيارة المستعملة بعد تصليحها على اثر حادثة وقعت له بها بعدم افصاحه للمشترى عن هذه الحادثة اذا ظهر بها عيب خفي نتيجة لما لم يزله التصليح (4).

---

(1) نقض فرنسي 4.2.1962 سيرى 1963 قضاء - ص 193.
(2) انظر جمال زكي - المرجع السابق - ص 435.
(3) نقض فرنسي 31.1.1966 مجلة الاسبوع القانوني 1966.2.14659.
(4) انظر كورين المجلة الفصلية المدنية 1963 رقم 565.

./.

المطلب الثالث : الرد الجزئي .

قد يتعيب المبيع في جزء منه دون الجزء الاخر ، فهل يمكن للمشترى ان يرد للبائع الجزء المتعيب دون السليم ؟

لم ينص المشرع الجزائرى على هذه الحالة في احكام الضمان انما يمكن استنتاجها من القواعد العامة الخاصة بالفسخ (1) الجزئي وقياسا على هذه القاعدة يمكن للمشترى اذا تعيب المبيع في جزء منه ان يرد للمشترى هذا الجزء المتعيب، وهذا ما يعرف بالرد الجزئي .

واذا كان المشرع الجزائرى لم ينص على هذه الحالة في احكام الضمان ، فان الشريعة الاسلامية نظمتها تنظيما دقيقا محكما (2) .

وحتى يثبت للمشترى مثل هذا الحق لا بد من توافر شرط مهم على اساسه يرتكز حق المشترى في الرد الجزئي ، وهو ان يكون الشيء المبيع المعيب شيئا او اشياء متعددة يمكن تجزئتها دون ضرر ودون المساس بالغرض الذى اعد له المبيع، وتحقق هذا الشرط لا يعني ان المشترى ملزما بالرد الجزئي ، انما الخيار له بين الرد الكلي او الجزئي شرط الا يتضرر كلا المتعاقدين اى البائع والمشترى ، ويكون للمشترى ان يلجأ الى الرد الكلي متى تبين له ان المبيع لن يصلح بعد رد القسم المتعيب لاداء الغرض المقصود والمرجو منه .

---

(1) انظر، سليمان مرقس وامام - المرجع السابق - ص 387 .
جميل الشرقاوى ، عقد البيع - ط 1958 - ص 209 .
منصور مصطفى منصور - العقود المسماة (عقد البيع) ط1957 - ص207 .
حامد زكي ونجيب الهلالي - ص 420 رقم 404 .

(2) مرشد الحيران - المادة 520-521-522 .

(3) انظر حسن فرج - المرجع السابق - ص483 هامش 1 .

./.

اولا - حالات الرد الجزئي :-

قد يكون محل البيع اشياء متعددة وتكون كلها اصلية كما قد يكون بعضها اصليا وبعضها تبعيا ومن ملحقات الشيء الاصلي الذى يعتبر المحل الرئيسي للبيع .

نتناول بالدراسة هذه الحالات حتى نبين اثر الرد الجزئي على كل منها ومدى حق المشترى فيه .

1 - حالة ما اذا كان البيع يتناول اشياء رئيسية تتساوى فى اهميتها ولدينا هنا صورتان :-

- الصورة الاولى : اذا تناول المبيع عدة اشياء مختلفة منفصلة مستقلة بعضها عن البعض بحيث يمكن الانتفاع بكل منها مستقلا عن الاخر وكان العيب في بعض منها او في احدها دون الباقي ، كان للمشترى رد المتعيب منها فقط ويحتفظ بالسالم .

وتختلف الشريعة الاسلامية عن القانون الوضعي في هذه الحالة فتنص المادة 520 من مرشد الحيران على انه اذا بيعت جملة اشياء صفقة واحدة وظهر ببعضها عيب قبل التسليم فالمشترى مخير ، ان شاء قبلها بالثمن المسمى وان شاء رد جميعها وليس له ان يرد المعيب وحده ويأخذ السالم ، ويعللون فقهاء الشريعة الاسلامية هذا الحكم بأن الصفقة لاتمام لها قبل القبض ، وتفريق الصفقة قبل تمامها باطل ونفس الحكم لو قبض المشترى بعض المبيع دون بعض ، فوجد ببعضه عيبا ، فلا يملك رد المعيب خاصة بحصة من الثمن سواء وجد العيب بغير المقبوض او بالمقبوض ، لان الصفقة لا تتم الا بقبض جميع المعقود عليه ، فكان

رد البعض دون البعض تفريق الصفقة قبل التمام وهو باطل . اما اذا كان المشترى قبض كل المبيع، ثم وجد ببعضه عيبا ، وكان المبيع اشياء متعددة فله ان يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن وليس له ان يرد الكل الا عند التراضي ، وهذا لان حق الرد انما يثبت لفوات السلامة المشروطة في العقد . والسلامة فاتت في احدهما فكان له رده فلو امتنع الرد انما يمتنع لتضمينه تفريق الصفقة وتفريق الصفقة باطل قبل التمام لا بعده . والصفقة قد تمت بقبضها فزال المانع وبهذا صرحت المادة 521 من المرشد الحيران حيث قالت" اذا بيعت جملة اشياء صفقة واحدة وظهر ببعضها عيب بعد التسليم فاذا لم يكن في تفريقها ضرر فللمشترى ان يرد المعيب منها بحصته من الثمن سالما وليس له ان يرد الجميع بدون رضا البائع" (1) .

ومعرفة ما اذا كانت الاشياء محل البيع منفصلة او مستقلة بعضها عن البعض قد تكون في الغالب من الاحيان مسالة تفسير للعقد . فاذا كان البيع واردا على اشياء تتسلم على دفعات، فان كل دفعة منها قد تعد مستقلة عن الاخرى ، ولهذا اذا كانت احدى هذه الدفعات معيبة فلا اثر لها على سابقتها ، كما انه لا اثر لها على ما لم يتم تسليمه بعد . ومع ذلك فان هذا من مسائل الواقع ولا يمكن الفصل فيه الا على ظل ظروف العقد وقصد المتعاقدين (2) .

---

(1) انظر المبسوط للسرخسي - ص 102 - 104 .
البدائع - الجزء الخامس - ص 286 - 289 .
مصادر الحق في الفقه الاسلامي للسنهوري ج 4 - ص 257 هامش 1 .

(2) انظر حسن فرج - المرجع السابق - ص 483 هامش 2 .
حامد زكي والهلالي - المرجع السابق - ص 410 رقم 409 .
Baudry et soibnat.P.440.
Laurent.P.288. Aubry et Rau.N° 355 bis 19.

- الصورة الثانية : تتناول الاشياء المباعة جملة واحدة بحيث ما كان ليباع احدها دون الاخر، وبذلك لا يمكن التفريق والتبعيض بينها دون ضرر. مثل ذلك اذا كان البيع واردا على زوج من الخيل لجر عربة (1) او خفين او مصراعي باب، فالعيب في احدهما يقتضي ردهما معا. وهنا نكون بصدد الرد الكلي. ويفترض هنا ان العيب جسيم لانه لو كان غير جسيم كان للمشترى كما سنرى الحق في طلب التعويض فقط (2).

وهذا ما اجمع عليه فقهاء الشريعة الاسلامية.

جاء في المبسوط للسرخسي " اذا اشترى خفين او نعلين او مصراعي باب، فوجد في احدهما عيبا فله ان يردهما جميعا كانهما في الصورة شيئان، وفي المنفعة والمعنى كشيء واحد فانه لا يتأتى الانتفاع المقصود باحدهما دون الاخر، والمعتبر هو المعنى، وفي الشيء الواحد وجود العيب في احد منه ممكن رد الكل، لانه لو رد المعيب خاصة لعاد الى البائع بعيب حادث، از التفريق بينهما يمنع الانتفاع وذلك عيب في كل واحد منهما فان كان قد باع الذى ليس به عيب لم يكن له ان يرد ما بقي اولا يرجع بشيء كما في الشيء الواحد حقيقة اذا باع بعضه . . . " (3) وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة 521 من مرشد الحيران فقالت" وان كان في تفريقهما ضرر فله ان يرد المبيع كله او يقبله بكل الثمن".

---

(1) Planiol, Ripert et Hamel. N° 135. page 154.

(2) حسن فرج - المرجع السابق - ص 484 فقرة 212 . الهلالي حامد زكي رقم 409 ص 410 . مرقس وامام - ص 338 . السنهورى - ص746 هامش 2 . لبيب شنب ومجدى صبحي بند 202 - ص 279 .

(3) المبسوط للسرخسي - ص102 . البدائع، الجزء الخامس - ص 287 - 289 .

2 ـ حالة ما اذا كان البيع يتناول اشياء بعضها اصلي والاخر تبعي :-

في مثل هذه الحالة ايضا لدينا صورتان هما :-

ـ الصورة الاولى : اذا كان العيب في الاصلي دون الفرعي ففي مثل هذه الحالة لا يتمتع المشترى بالرد الجزئي ،انما يكون له اما الرد الكلي ،واما استبقاء المبيع كله مع التعويض له فقط. ذلك ان الرد هنا لا يقتصر على الاصل انما يمتد الى الفرع اى الى كل اجزاء المبيع. كما اذا بيعت سيارة مع ملحقاتها ،وكان العيب موجودا في السيارة دون الملحقات،فهنا يجبر المشترى ان اختار الرد ـ ان يرد كل المبيع باصله وفروعه ،كما يجبر البائع على اخذ كل المبيع ويتحقق هذا متى كان العيب موثرا في اصل المبيع اى جسيما ،لانه اذا كان غير موثر كان له الحق في طلب التعويض كما سنرى .

ـ الصورة الثانية : اذا كان العيب في الفرع والملحقات دون الاصل :-
في هذه الحالة المشترى لا يلتزم برد كل المبيع،ولا يجبر البائع على اخذ كل المبيع،انما يقتصر الرد على الجزء المتعيب فقط،اى على الفرع دون الاصل ،ما دام هذا لا يلحق ضررا بالمتبايعين ،وقد اورد الفقه الفرنسي القديم مثالا على هذا نجده في كتابات بوتيه
وهذا المثال ما زال الفقه الحديث ياخذ به،وهو حالة ما اذا بيعت مزرعة مع الخيول التي كانت عليها ،وكان احد هذه الخيول معيبا .
فان الرد للعيب لا يكون الا بالنسبة للحصان المعيب فقط مع استرداد قيمته (1) .
هذه هي الحالات التي يمكن فيها الحق في طلب الرد الجزئي .

---

(1) نقلا عن بوتيه في كتابه عقد البيع- Baudry et soignat.N° 440.
Planiol, Ripert et Hamel.N°135.page 154.T.10.

<u>ثانيا - ما هو حق المشترى في حالة الرد الجزئي :-</u>

اذا تحقق الشرط، واختار المشترى الرد الجزئي كان له ان يعود على البائع طبقا لاحكام الرد الكلي المنصوص عنها في المادة 375 مدني جزائرى، فيكون له ان يسترد قيمة هذا الجزء عند ظهور العيب مع المصروفات والتعويض (1) وينحصر حق المشترى في قدر قيمة المبيع يتناسب مع الجزء الذى تم رده (2) وينظر الى قيمة المبيع سليما وقت ظهور العيب، كما في حالة الرد الكلي . وتقدير هذه القيمة يتم بواسطة اهل الخبرة اذا عجز الطرفان عن تحقيق ذلك . وهذا الحكم ماخوذ من الشريعة الاسلامية .

واذا استحق المشترى التعويض بسبب العيب، فان هذا التعويض يشمل كل العناصر التي يمكن ان يشملها في حالة الرد الكلي .

فيدخل في الاعتبار ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب . بسبب الرد الجزئي الناتج عن العيب في جزء من المبيع، بل ارى انه يدخل في الاعتبار ايضا نية البائع، فاذا كانت نيته سيئة امتد التعويض الى الضرر غير المتوقع (3) .

---

(1) انظر ما سبق شرحه بالنسبة لدعوى الرد الكلي في المطلب الثاني من هذا الفصل .

(2) Planiol, Ripert et Hamel.N° 137.Page 154.
Baudry et soignat.N° 438.

(3) انظر، حسن فرج - المرجع السابق - ص 486 .
Planiol, Ripert et Hamel.N° 135.Page 154.

./.

المبحث الثاني : دعوى التعويض .

راينا فيما سبق عند دراستنا لدعوى الرد . بانه يحق للمشترى رد المبيع كليا او جزئيا بحسب الحالة واسترداد المبالغ المبينة في المادة 375 مدني جزائرى اذا اثبت المشترى بان العيب الذى وجده في المبيع قد اثر فيه بحيث لو علم بهذا العيب لما ابرم العقد . ولكن مع ثبوت هذا الحق للمشترى ،فقد يختار اللجوء الى الوسيلة الثانية وهي استبقاء المبيع ومطالبة البائع بالتعويض اما اذا كان العيب لا يوثر في المبيع بحيث لم تبلغ الخسارة الى القدر المنصوص عليه في الفقرة الاولى من نص المادة 376 مدني جزائرى ،فان المشترى ليس له سوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب العيب عن طريق دعوى التعويض .

وعلى غرار دراستنا لدعوى الرد سنبحث دعوى التعويض في مسألتين :

1 ـ مفهوم دعوى التعويض .
2 ـ حالات دعوى التعويض.

المطلب الاول : مفهوم دعوى التعويض.

تنص الفقرة الثانية من المادة 376 مدني جزائرى على انه" واذا اختار المشترى استبقاء المبيع او كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار اليه في الفقرة السابقة ،لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع" وغني عن البيان ان هذا النص خاص بضمان الاستحقاق الجزئي ولكن تطبيقه على ضمان العيب الخفي يكون بموجب المادة 381 مدني جزائرى التي تحيل اليه .

./.

ويتضح من النص ان موضوع الدعوى التي يرفعها المشترى في هذه الحالة هو التعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب العيب . ولذلك اثرنا تسميتها بدعوى التعويض بالنظر الى موضوعها .

على ان المشرع الفرنسي اطلق على هذه الدعوى اسم" دعوى انقاص الثمن" نقلا عن القانون الروماني حيث كان المشترى في حالة العيب غير الجسيم يحتفظ بالمبيع ويطالب البائع بالفرق بين ثمن المبيع معيبا وثمنه سليما (1) . ولم يخرج فقهاء الشريعة الاسلامية كثيرا عما اخذ به القانون الفرنسي من حيث تسمية وحكم هذه الدعوى (2) .

فدعوى انقاص الثمن في القانون الفرنسي هي دعوى يرفعها المشترى في حالة العيب، غير الجسيم مع الاحتفاظ بالشيء المبيع فيلزم البائع بموجب هذه الدعوى برد جزء من الثمن الذى دفعه المشترى يساوى في مقداره الجزء المعيب من المبيع ويتم ذلك بتخفيض الثمن بما يوازى الفرق بين ما دفعه المشترى وبين ما يجب ان يدفع فيما لو كان المبيع معيبا (3) .

يرى بعض الفقهاء الفرنسيين (4) ان دعوى تخفيض الثمن ما هي الا الغاء جزئي للعقد ، مقابل عدم التنفيذ الجزئي الناجم عن وجود عيب في المبيع، وان هذا الالغاء الجزئي معادل لعدم التنفيذ الجزئي .

---

(1) راجع ما سبق شرحه في الفصل التمهيدى من هذا البحث تحت عنوان التطور التاريخي للعيب الخفي " .

(2) انظر المادة 526 من مرشد الحيران .

(3) المادة 1644 من التقنين المدني الفرنسي .

(4) Saleille: étude sur la théorie générale de l'obligation 3ème éd. 1925.P.212.

./.

وانكر البعض اضفاء طابع التعويض على هذا التخفيض لان هذا التخفيض محصور باعادة مقدار الثمن الى ذلك المبلغ الذى كان المشترى يدفعه لو علم بأن المبيع مصاب بعيب (1) .

وقد اعتبر البعض الاخر ان دعوى التخفيض ما هي الا تطبيق لمبدأ تحمل تبعة هلاك الشيء ، اى لنظرية المخاطر théorie de risque ففي العقود الملزمة للجانبين تقع تبعة الهلاك على عاتق المدين بالالتزام . فالعيب الخفي هو بمثابة هلاك جزئي يتحمله البائع بصفته مدينا بالتزام تقديم مبيع خال من العيوب (2) .

والرأى الراجح والمعمول به ، يعتبر ان الحق في طلب التخفيض هو من نوع خاص، لا تحكمه القواعد القانونية العادية التى ترعى نشأة العقد وتعديله (3) .

واما في الشريعة الاسلامية ، فان التخفيض في الثمن كالتالي : يقوم المبيع سالما ، ثم يقوم معيبا ، وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب الى الثمن المسمى وبمقتضى تلك النسبة يرجع المشترى على البائع بالنقصان (4) . وتحديد هذا المقدار او نقصان الثمن يتم بواسطة اهل الخبرة كما هو متفق عليه في الشريعة الاسلامية .

---

(1) مارتان دولا مونت جزاء الالتزام بالتسليم في المبيع التجارى ، باريس 1959 ص 143 .

(2) Salaille N° 220.

(3) GVOSSE.page 306.N° 344.
Planiol, Ripert et Hamel.page 152.

(4) انظر المادة 526 من مرشد الحيران والمادة 346 من مجلة الاحكام العدلية
انظر ايضا عبد الرزاق السنهورى ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامي ـ الجزء 4 ص 255 - 256 .

./.

اذا كان هذا هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي والشريعة الاسلامية، فما هو الحال بالنسبة للقانون الجزائرى ؟

ان المشرع الجزائرى منح للمشترى الحق في طلب التعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب العيب - قياسا على الاستحقاق الجزئي - وليس انقاص وتخفيض الثمن، فهل معنى التعويض هو انقاص وتخفيض الثمن ؟

هذا ما كان معمولا به في القانون المدني المصرى القديم، حيث كان يقضي في حالة استيفاء المشترى للمبيع في حالة الاستحقاق الجزئي، بان يكون التعويض هو جزء من الثمن يتناسب مع قيمة الجزء من المبيع الذى انتزعت ملكيته منسوبة الى القيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق" ولكن القانون المدني المصرى الجديد اتى بنص جديد يخالف النص القديم وبذلك الغى هذا الاخير، وفي هذا تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدني المصرى الجديد" ولم يساير التقنين الجديد التقنين السابق بل جعل تقدير التعويض طبقا للقواعد العامة في جميع الاحوال كما انه تجنب ان يجعل التعويض بسبب الاستحقاق الجزئي هو دائما قيمة الجزء الذى انتزعت ملكيته . بالنسبة للقيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق (1) . وهذا النص الخاص بالاستحقاق الجزئي في المادة 444

(1) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدني المصرى الجديد الجزء الرابع - وانظر ايضا الاستاذ السنهورى، عقد البيع - ص 689 هامش 1 .

./.

مدني مصري هو المطبق في حالة العيب غير الجسيم حيث لا يكون للمشتري الحق في الرد انما له الحق في التعويض فقط . او في حالة العيب الجسيم واختار المشتري استبقاء المبيع فيكون له التعويض فقط .

ونفس الحكم بالنسبة للقانون المدني الجزائري حيث المادة 376 مدني جزائري الخاصة بالاستحقاق الجزئي هي التي تطبق في حالة العيب غير الجسيم كما جاء في المادة 381 مدني جزائري .

نخلص من هذا الى ان المشرع الجزائري منح للمشتري في حالة العيب غير الجسيم او في حالة ما اذا كان العيب جسيما واختار المشتري استبقاء المبيع الحق في طلب التعويض، والتعويض هنا ليس انقاص الثمن ، انما هو التعويض المقرر طبقا للقواعد العامة . وطبقا لهذه القواعد يكون تحديد التعويض طبقا للضرر الذي لحق المشتري بسبب العيب بمعنى انه في تقدير التعويض ينظر الى قيمة الضرر الذي لحق المشتري بسبب العيب لا قيمة الشيء المعيب، بينما في تخفيض الثمن ينظر لقيمة الشيء المعيب، ولا يدخل في الاعتبار الضرر الذي لحق المشتري (1) .

---

(1) اعطى المشرع الجزائري حق انقاص الثمن بسبب العيب للمستاجر في عقد الايجار - المادة 489 مدني جزائري .
هذا ما يؤكد ان الحق الممنوح للمشتري في المادة 376 مدني جزائري هو حق تعويض عن الضرر وليس تخفيض وانقاص الثمن وشتان بين التعويض وانقاص الثمن .

./.

المطلب الثاني : حالات دعوى التعويض.

طبقا لنص المادة 2/376 مدني جزائرى التي جاء فيها" واذا اختار المشترى استبقاء المبيع او كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار اليه في الفقرة السابقة ،لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع" وهذه المادة هي المطبقة في حالة العيب وتخلف الصفة المشروطة في العقد كما هو واضح من نص المادة 381 مدني جزائرى - يكون للمشترى الحق في طلب التعويض عن الضرر الذى اصابه بسبب عيب المبيع، وهذا الحق في التعويض منحه المشرع للمشترى طبقا لنص المادة 2/376 مدني جزائرى في حالتين الاولى يكون له هذا الحق على سبيل الخيار، وفي الثانية يكون ملزما للجوء الى طلب التعويض.

اما عن الحالة الاولى ،فهي الحالة التي يكون فيها المبيع اما معيبا بعيب جسيم، بحيث لو علم به المشترى لما اقدم على الشراء او ان هذا المبيع تخلفت فيه الصفة المشروطة في العقد والتي تعهد البائع بوجودها فيه . فالاصل في هذه الحالة ان المشترى له الحق في رد المبيع للبائع واسترداد قيمته . طبقا للفقرة الاولى من المادة 376 مدني جزائرى ،ولكن له ان يعدل عن الرد ويطلب التعويض اذا اختار استبقاء المبيع المعيب كما هو واضح من الفقرة الثانية من المادة 376 مدني جزائرى .

واما عن الحالة الثانية ،فهي التي يكون المبيع فيها معيبا بعيب لم تبلغ درجة التاثير فيه حد الجسامة، بحيث ان المشترى لو علم به كان بامكانه اتمام البيع ولكن بثمن اقل من ثمن الاصل . ففي هذه

الحالة لا يستطيع المشترى طبقا للفقرة الثانية من المادة 376 مدني جزائرى رد المبيع للبائع، انما يكون له فقط الحق في مطالبته بالتعويض عن الضرر الذى اصابه بسبب هذا العيب .

وعلى البائع ان يثبت ان العيب لم يؤثر في المبيع تاثيرا جسيما بحيث لو علم به الشخص لما اقدم على الشراء اذا استعمل المشترى حقه في الرد ، فاذا استطاع البائع ان يثبت ذلك سقط حق المشترى في رد المبيع وكان له حق التعويض عن ضرور الذى لحقه بسبب العيب طبقا للفقرة الثانية من المادة 376 مدني جزائرى .

هذه هي الحالات التي نصت عليها المادة 2/376 مدني جزائرى والتي فيها يثبت للمشترى الحق في طلب التعويض. وفي اطار هذا النص يمكن ادراج حالات اخرى ، هذه الحالات كان قد نظمها القانون المدني المصرى القديم بنصوص خاصة مسايرا في ذلك احكام الشريعة الاسلامية الا ان القانون المدني المصرى الجديد اسقط هذه النصوص واتى بنص عام يمكن تطبيقه في مثل هذه الحالات بالاستعانة بالقواعد العامة (1) وكما هو الحال في القانون الجزائرى ويمكن تلخيص هذه الحالات فيما يلي :-

<u>1 - ظهور عيب جديد في المبيع :-</u>

قد يظهر في المبيع عيب جديد فهنا نفرق بين حالة ظهور العيب قبل التسليم، فان المشترى يكون مخيرا اما ان يرد المبيع ، او

---

(1) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية ، المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدني المصرى - الجزء الرابع - ص 124 .

يحتفظ به مقابل تعويض له، ويراعي في ذلك كله مدى اثر العيب على المبيع كما سبق وان راينا . وحالة ظهور العيب بعد التسليم، فان العيب الجديد يكون مانعا من الرد بالعيب القديم، ويبقى للمشترى الحق في طلب التعويض عن العيب القديم، ويكون له ذلك سواء حدث العيب بسبب المشترى او بسبب اجنبي .

ويرى بعض الفقهاء انه اذا حدث عيب جديد بسبب اجنبي اى لا يد للمشترى فيه، فانه يبقى لهذا الاخير الحق في طلب الرد الكلي ذلك ان هلاك المبيع بسبب اجنبي يبقى هذا الحق للمشترى فمن باب اولى يبقيه العيب الحادث بسبب اجنبي (1) .

ان مثل هذا القول يجعلنا نقع في تناقض بين حالتين الاولى وهي انه في شروط الضمان لا يضمن البائع الا العيب الذى وجد اثناء العقد وقبل التسليم، اما الذى وجد بعد التسليم فلا ضمان فيه وانما يتحمله المشترى على اساس تبعة الهلاك، فهو عيب في المبيع بعد هلاك جزئي له . وتبعة الهلاك بعد التسليم تقع على المشترى طبقا للتقنين المدني الجزائرى . والثانية وهي طبقا لهذا القول -فتحمل البائع ضمان العيب الذى يظهر بسبب اجنبي بعد التسليم -واذا سلمنا بهذا وحملنا البائع ضمان العيب الجديد الذى لا دخل للمشترى فيه . نكون قد ازلنا الضرر عن المشترى وحولناه على البائع، وكما هو معروف في فقه الشريعة الاسلامية لا يزال الضرر بالضرر . وعلى هذا يكون للمشترى

---

(1) انظر، السنهورى - المرجع السابق ص747 .
حسن فرج - المرجع السابق - ص 496 بند 260 وهامش 1 .

./.

في حالة ظهور عيب جديد سواء بسببه او بسبب اجنبي الحق في طلب التعويض فقط . ويكون له الحق في طلب الرد اذا زال العيب الجديد كما هو في الشريعة الاسلامية ، وله ان يرده بالعيب القديم اذا زال العيب الجديد " (1) .

ففي الشريعة الاسلامية يمنع رد المبيع المعيب بسبب ظهور عيب جديد فيه بعد القبض لانه اذا كان قبل القبض كان على البائع وكان للمشترى الخيار انما يكون للمشترى الحق في طلب النقصان لان شرط الرد ان يكون المردود عند الرد على الصفة التي كان عليها عند القبض ، ولم يوجد لان المبيع خرج عن ملك البائع معيبا بعيب واحد ، ويعود على ملكه معيب بعيبين . العيب القديم والعيب الجديد وهو اذا كان يضمن القديم فانه لا يضمن الحديث ، ذلك انه حدث بعد القبض والمبيع في يد المشترى ، فانعدم شرط الرد ، وللمشترى ان يرجع بنقصان الثمن للعيب ، الا اذا رضي البائع باخذ المبيع ورد كل الثمن ، وفي مذهب مالك ، للمشترى ان يرد المبيع في هذه الحالة ويرد معه ارش النقصان (للعيب الجديد) (2) . واذا زال العيب الجديد كان للمشترى ان يعود على البائع بدعوى الرد لان مانع الرد قد زال فيثبت له الحق من جديد . وهذا ما جاءت به المادة 525 من مرشد الحيران " اذا زال العيب الحادث عاد للمشترى حق رد المبيع بالعيب القديم على البائع " .

---

(1) المبسوط للسرخسي - ص 104 وما بعدها .
وانظر المادة 525 من مرشد الحيران .

(2) المبسوط للسرخسي - ص 104 وما بعدها .
المغني لابن قدامه - ج الرابع - ص 172 وما بعدها .
مصادر الحق في الفقه الاسلامي للسنهورى - الجزء الرابع - ص 259 .

./.

2 ـ تصرف المشترى في المبيع :-

من البديهي ان يتصرف المشترى في الشيء المبيع الذى اشتراه من البائع، وتصرفه هذا قد يكون له اثر على دعوى الضمان وفي هذا مسألتان :-

أ) تصرف المشترى في المبيع بعد اطلاعه على العيب :-

في مثل هذا الفرض يعتبر البائع راضيا بالمبيع، وعد هذا التصرف نزولا ضمنيا منه عن حقه في الضمان .

ب) تصرف المشترى في المبيع قبل اطلاعه على العيب :-

" او كان قد احتفظ بحقه في الضمان قبل التصرف" ففي هذه الفرض لا يكون له الا الرجوع بالتعويض على البائع، ويسقط حقه في الرد، والعلة في ذلك ان المبيع قد خرج من ملكه، ويتعذر عليه ان يسترده ممن اشتراه لانه ضامن للتعرض ولا استرداد والضمان لا يجتمعان (1) .

فلا يبقى امامه الا الرجوع على بائعه بالتعويض عن الضرر الذى اصابه بسبب العيب (2) ، ولكن في حالة ما اذا رجع المشترى الثاني على المشترى الاول بالضمان بدعوى الرد الكلي في هذه الحالة يحق لهذا الاخير (المشترى الاول) الرجوع على بائعه بالضمان لان المانع

---

(1) السنهورى ـ المرجع السابق ـ ص 748 .

(2) السنهورى ـ المرجع السابق ـ ص 749 .

انظر ايضا : Planiol, Ripert et Hamel.T.10.N°134.page 154

./.

قد زال . ويكون له الحق في طلب الرد الكلي او الجزئي ، حسب اثر العيب في المبيع (1) .

وفي الشريعة الاسلامية نجد ان المشترى اذا تصرف في المبيع ولو قبل علمه بالعيب سقط خياره لان امتناع الرد كان بفعله ، فاشبه ما لو اتلف المبيع . فاذا باع المبيع او وهبه وسلمه وهو غير عالم بالعيب سقط خياره ، ولكن لو فسخ تصرفه ورد اليه المبيع بخيار شرط او خيار رؤية ، عاد حق خيار العيب للمشترى ، وجاز له رد المبيع للبائع ، ذلك ان مانع الرد قد زال ، وبزواله يعود حق الرد للمشترى (2) .

ومن البديهي ايضا ان المشترى للشيء المبيع يكون عادة بغرض استعماله واستعمال المبيع قد يؤدى الى تحوله الى شيء اخر ، وهذا التحول قد يكون بالنقصان في الشيء المبيع ففي هذه

---

(1) كتصرف المشترى في المبيع ترتيبه عليه حقا للغير ، كحق ارتفاق او حق انتفاع او حق رهن . ففي هذه الحالة يسقط على المشترى حق الرد ما لم يقضي هذا الحق الذى رتبه للغير . كان يدفع الدين للدائن المرتهن وشطب الرهن" . وانظر في هذا السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص 749 .
و
Planiol, Ripert et Hamel. T10. N° 134. page 153.
Aubry et Rau.T.5.N° 355 bis. page 85.

(2) المغني لابن قدامه ـ الجزء الرابع ـ ص 174-175 .
السنهوري ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامي ـ ج 4 ـ ص 261 .

./.

هــذه الحالــة اذا تحــول المبيــع وهـو فـي يــد المشتـرى سـواء كان التحـول بفعـل المشتــرى او بسبـب اجنبـي (1) فـان كـان بعـد اطلاعـه علـى العيـب سقـط حقـه فــي الضمـان . وان كـان قبـل اطلاعـه علـى العيـب سقـط حقـه فـي الـرد فقـط، ويكـون لـه الرجـوع علـى البائـع بالتعويـض عـن الضـرر الـذى اصابـه بسبـب العيـب، ويمنـع عنـه الـرد فـي هـذه الحالـة اذا كـان تحـول المبيـع بسبـب استعمالـه لـه اثـره فـي نقـص قيمة المبيـع . امـا اذا لـم يكـن لـه اثـر او كـان الاثـر تافهـا ،كـان لـه الـرد ،وكـون الاستعمـال قـد انقـص مـن قيمـة المبيـع نقصـا كبيـرا مـن مسائـل الواقـع التـي تخضـع لتقديـر قاضـي الموضـوع (2) .

وقـد يكـون التحـول بالزيـادة فـي المبيـع، وحكـم هـذا حكم التحـول الـذى يوءدى الى انقاص المبيـع .

وفـي الشريعـة الاسلاميـة نجـد تفصيلا في هـذا :-

- فـاذا وجـدت الزيـادة بعـد القبـض، فـان كانـت متصلـة متولـدة مـن الاصـل فانهـا لا تمنـع الـرد بالعيـب اذا رضـي المشتـرى رد مـا مـع الاصـل التـي هـي تابعـة لـه ،ومـا كـان تابعـا للعقـد كـان تابعـا للفسـخ ،وان ابى المشتـرى الـرد . واراد الرجـوع بالنقصـان ، نقصـان الثمـن كـان لـه ذلــك .

واذا كانـت الزيـادة متصلـة غيـر متولـدة من الاصـل فانهـا لا تمنـع الـرد بالعيـب، ويرجـع المشتـرى علـى البائـع بنقصـان الثمـن ،لان الزيـادة

---

(1) قارن الاستاذ السنهورى ـ المرجع السابق (عقد البيع) ص 749 .

(2) انظر حسن فرج ـ المرجع السابق ـ ص 496 بند 261 وهامش 3 .
Planiol, Ripert et Hamel. T.10. page 141. 127.

حصلت في ضمان المشترى ،فان ردها مع الاصل كانت للبائع ربح ما لم يضمن ،وان استبقاها ورد الاصل فانها تبقى في يده بلا ثمن وهذا تفسير الربا وان كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الاصل ،فانها لا تمنع الرد بالعيب،ويرد الاصل على البائع والزيادة للمشترى طيبة لانها حصلت في ضمانه (1) .

هذه هي الحالات التي يمتنع على المشترى فيها رد المبيع للبائع ولا يكون له الا الحق في طلب التعويض طبقا للفقرة الثانية من المادة 376 مدني جزائرى ،لكنه اذا زال مانع الرد عاد للمشترى حقه في الرد اى رد المبيع للبائع واسترداد قيمته .

اذا كان للمشترى طبقا للقواعد الخاصة بضمان العيب واحكامه، الحق في طلب الرد والحق في طلب التعويض،فهل يحق له ان يلجأ الى طلب التنفيذ العيني ؟

ان احكام ضمان العيب لم يرد فيها شيئا من هذا القبيل ،او نصا خاصا يمنح للمشترى مثل هذا الحق ،ومع ذلك فان الفقه متفق على ان للمشترى الحق في طلب التنفيذ العيني متى كان ذلك ممكنا (2) .

---

(1) انظر مصادر الحق في الفقه الاسلامي ،السنهورى - ص 260 .
المغني لابن قدامة - ص 174 وما بعدها .

(2) انظر، حسن فرج - المرجع السابق - ص 487 .
عبد الرزاق السنهورى - المرجع السابق - عقد البيع - ص 743 هامش 1 .
منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص 205 هامش 1 .
البدراوى بند 352 وهامش 3 .
لبيب شنب ومجدى صبحي بند 200 - ص 277 .
محمد حسنين - المرجع السابق - ص 162 .

./.

والتنفيذ العيني اما ان يتم عن طريق اصلاح العيب وازالته ،او عن طريق استبدال المبيع المعيب باخر سليم من العيوب .

وطلب التنفيذ العيني سواء باصلاح العيب او استبدال المبيع المعيب باخر سليم ،هو من حق المشترى فقط . اما البائع فلا يمكنه ان يختار مثل هذا الطريق لان فيه تعطيلا لاحكام الضمان التي تقضي بالرد او التعويض،واذا كان هذا الحق يتمتع به المشترى فقط فانه ليس حقا مطلقا .

انما يشترط حتى يعمل به ان يكون التنفيذ العيني ممكنا وغير مرهق لكاهل البائع بنفقات باهضة وان يتم ضمن مهلة معقولة والا كان على المشترى اللجوء الى قواعد الضمان المنصوص عنهما ، وللقاضي في هذا سلطة تقديرية فلا يمكنه ان يرهق كاهل البائع عن طريق فرض اصلاحات تكلفه اكثر من التعويض او رد المبيع (1) . فاذا راى القاضي ان التنفيذ العيني في صالح البائع والمشترى الزم البائع بتنفيذه ، المادة 164 مدني جزائرى ،واذا رفض البائع اصلاح العيب كان للمشترى الحق في تنفيذه بنفسه بعد ترخيص من القاضي ويكون تنفيذه على نفقة البائع، المادة 1/170 مدني جزائرى .

Baudry et soignat.N° 434.
Aubry et Rau.N° 355 bis 1 4هامش
Planiol, Ripert et Hamel.N°135.P.155.1 هامش
L'aurent.N°291.page.287.

(1) انظر في هذا الحكم محكمة النقض الفرنسية 1948/3/1586 ، 346 - دالوز 1948 . وموسوعة دالوز تحت عنوان Vice Redh رقم 13417 .

./.

واذا قام المشترى باصلاح العيب على نفقة البائع كما اسلف القول وحصل نزاع حول القيمة التي استوجبها تصليح المبيع المعيب فيمكن في هذه الحالة الاستعانة باهل الخبرة لتقدير قيمة ما انفق في اصلاح العيب (1) .

واذا ظهر العيب محددا بشكل لا يمكن ازالته فيكون للمشترى الحق في مطالبة البائع بالضمان ، ويكون له اما الرد او التعويض (2) .

واما اذا كان التنفيذ العيني يتمثل في استبدال المبيع المعيب بآخر سليم غير معيب ، وهذا يمكن تطبيقه اذا كان المبيع المعيب من المثليات ، ففي هذا الفرض لا يكون للمشترى الا الحق في طلب تسليم كمية اخرى من النوع نفسه خالية من تلك العيوب ، واذا كان حق المشترى يقتصر على طلب تسليم كمية اخرى من النوع نفسه باعتبار ان التنفيذ العيني ممكن في حالة المثليات ، فانه ينبغي من ناحية اخرى مراعاة ما قد يقع له من اضرار ، ولهذا يبقى له حق المطالبة بالتعويض عند الاقتضاء (3) طبقا للقواعد العامة ، المادة 166 مدني جزائرى .

---

(1) Planiol, Ripert et Hamel.T.10. page 155.

(2) Alter.L'obligation de délivrance dans la vente des meubles corporels.Paris 1972. Page 138 . 19 هامش

(3) حسن فرج - المرجع السابق - ص 488 وهامش 1 .

./.

وهكذا نرى انه الى جانب احكام الضمان القانوني التي منحها المشرع للمشترى ، فان له طبقا للقواعد العامة ان يتمتع بحقوق اخرى منحها له المشرع بنصوص صريحة .

*
* *

./.

الفصل الثاني

سقوط حق المشتري في الضمان

اذا ثبت حق المشتري في الضمان ، وجب عليه ان يقوم ببعض الاجراءات التي اوجبها عليه القانون ، الهدف منها ، اظهار رغبة المشتري في المطالبة بالضمان وقطع مضنة التسامح مع البائع فاذا اخل المشتري في تنفيذ هذه الالتزامات في مدة معقولة سقط حقه في الضمان .

وقد ينفذ المشتري هذه الالتزامات ، ولكن يتراخي في رفع دعوى الضمان الى حين سقوط دعواه بالتقادم ، فحينئذ يتعذر عليه مطالبة البائع بالضمان بسبب سقوط الوسيلة التي تحمي حقه ، كذلك قد يرفع المشتري دعوى الضمان في خلال المدة التي قررها القانون ، ولكن اثناء سير الدعوى وقبل الفصل فيها يهلك المبيع في يد المشتري وهو معيب ، فهل يسقط حق المشتري في الضمان ام تبقى الدعوى مستمرة ؟

وبناء على ما تقدم راينا ان دراسة سقوط حق المشتري في الضمان تقتضي بحث اخلال المشتري بالتزاماته قبل المطالبة بالضمان اولا ، ثم تقادم دعوى الضمان ، واخيرا هلاك المبيع اثناء سير دعوى الضمان ومدى سقوط حق المشتري في الضمان .

./.

المبحث الاول : اخلال المشترى بالتزاماته قبل المطالبة بالضمان .

حتى يتمتع المشترى بالضمان الذى خوله له القانون ، لا بد اولا من توافر الشروط الخاصة بالعيب المنصوص عنها في القانون . فان وجدت هذه الشروط في العيب كان عليه ثانيا ليتمتع بهذا الضمان ان يقوم باجراءات اوجبها عليه القانون . ويكون ذلك في مدة محددة عددها القانون تحت طائلة سقوط حقه بالتقادم القصير ، وبذلك لا يفاجيء البائع بدعوى المشترى ، ولا يكون موقف هذا الاخير منه غامضا . وهذه الاجراءات تتمثل في اثنين هما : فحص المبيع فحصا جيدا عند تسلمه ، واخطار البائع بهذا العيب في الوقت اللازم لذلك ، والا ضاع حقه في الضمان .

نبحث هذه الاجراءات ضمن مطلبين اثنين :-

- في الاول : فحص المبيع .
- وفي الثاني : اخطار البائع بالعيب .

المطلب الاول : فحص المبيع .

تنص المادة 380 مدني جزائرى في فقرتيها على انه" اذا تسلم المشترى المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية ، فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يخبر هذا الاخير في اجل مقبول عادة ، فان لم يفعل اعتبر راضيا بالبيع .(1)

غير انه اذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال العادى وجب على المشترى بمجرد ظهور العيب ان يخبر البائع بذلك والا اعتبر راضيا بالمبيع بما فيه من عيوب" .

(1) يستحسن ذكر كلمة راضيا بالمبيع بدلا من راضيا بالبيع كما ورد

./.

يتضح من هذه المادة ان فحص المبيع يتم على درجتين مختلفتين فحص عادى بالنسبة للعيب الذى يمكن كشفه بسهولة ،اى العيب الذى هو في حكم الظاهر او على درجة قليلة من الخفاء .

والفحص المطلوب هنا هو الفحص الذى يقوم به عادة الشخص العادى le bon père du famille واما الفحص الذى هو من درجة ثانية هو الفحص غير العادى وهذا يكون بالنسبة للعيب الذى لا يمكن كشفه بالفحص العادى ولا يمكن للشخص العادى كشفه بسهولة انما يتطلب فحصا من نوع خاص يقوم به شخص يمتاز بخبرة فنية وهذا يخرج من مستوى الشخص العادى .

- متى يتم فحص المبيع ؟

يتم فحص المبيع بمجرد ان يتمكن المشترى من ذلك وعادة يكون عند تسلمه للشيء المبيع ،ونعني بالتسلم هنا التسلم الفعلي للشيء الذى به ينتقل المبيع الى حوزة المشترى وليس التسلم الحكمي .

وتسلم المبيع قد يكون فور ابرام العقد وهنا يجب فحص المبيع فحصا عاديا ،يقوم به عادة الشخص العادى - فاذا كان به عيب في حكم الظاهر او على درجة بسيطة من الخفاء امكن كشفه بسهولة - والا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيوب .

= في النص الفرنسي " l'objet vendu " لانها تؤدى المعنى الصحيح المطلوب. فنحن بصدد بحث عيب الشيء المبيع وليس عيب البيع ذاته" اى عقد البيع".

./.

وقد يكون تسلم المبيع بعد ابرام العقد بمدة قد تطول او تقصر حسب اتفاق المتعاقدين ،ففي كلا الحالتين على المشترى ان يفحص المبيع فور استلامه له والا عد قابلا بهذا المبيع بما فيه من عيوب،وبما ان المشرع الجزائرى كالمشرع المصرى لم يحدد هذه المدة التي يتم فيها فحص المبيع انما اكتفى بالزام المشترى بالقيام بهذا الفحص بمجرد ان يتمكن من ذلك،فانه . تقدير هذه المدة متروك لقاضي الموضوع وهو يراعي في ذلك طبيعة المبيع المعيب وطبيعة العيب،وما يجرى عليه التعامل وللقاضي في ذلك سلطة تقديرية دون مراقبة من المحكمة العيا .ذلك انها مسالة موضوعية .

ويرى بعض الفقهاء (1) ان فحص المبيع يتم مرتين الفحص الاول عند ابرام العقد . والفحص الثاني عند تسلم الشيء المبيع سواء كان العيب مما يمكن كشفه بالفحص العادى اى العيب الظاهر او ما في حكم الظاهر او العيب الذى لا يمكن كشفه الا بفحص دقيق (غير عادى) فيقول الاستاذ السنهورى انه" اذا تسلم المشترى المبيع ولو كان فيه عيب ظاهر او في حكم الظاهر يمكن تبنيه بالفحص المعتاد لا يعتبر قابلا بالعيب بمجرد التسليم انما يعطي مهلة يجب عليه خلالها التحقيق من حالة المبيع عن طريق الفحص المعتاد . فاذا اشترى شخص قماشا من تاجر فالغالب ان يكون القماش مطويا ،فاذا كان فيه عيب ظاهر او في حكم الظاهر لا يعتبر الشارى راضيا بمجرد تسليمه القماس المطوى وانما يكون ذلك اذا ذهب بالقماش الى متجره

---

(1) عبد الرزاق السنهورى - المرجع السابق - الجزء الرابع - ص 736 .

./.

وفحصه وسكت دون ان يخطر البائع ضمن المهلة القانونية" وهناك من يرى ان معاينة المبيع بعد التسليم هي اكثر دقة من المعاينة عند اجراء عقد البيع (1) .

ان هذا القول يصدق في الحالات التالية، يصدق لو كنا بصدد بيوع معينة بالنوع اذ في هذه الحالة تم البيع على اساس المينة فالمينة ليست هي محل البيع ذاته انها شيء آخر يماثل هذه المينة فالمبيع لم تحدد ذاتيته بعد ،والمشترى لا يكتفي بفحص المينة بل له الحق ان يفحص المبيع الذى هو من نوعها عندما يسلمه ويحدد ان تحدد ذاتيته اما قبل هذا فلا يعتبر قد فحص المبيع لانه مفقود وفاقد الشيء لا يعطيه ،فالمشترى هنا يعتبر قد فحص المبيع مرتين عند ابرام العقد فحص المينة التي من نوعها يكون محل البيع وعند الفرز والتسليم يقوم بفحص المبيع ذاته .

كما ان هذا القول يصدق لو تم البيع وكان المشترى غير حاضر في مجلس العقد كما لو تم البيع عن طريق الهاتف مثلا (2) .

اما اذا تم البيع وكان المشترى حاضرا في مجلس العقد وتوافق التسليم الفعلي المكان والزمان فهنا لا مجال لتطبيق هذه الحالة . كما انه ننظر الى طبيعة المبيع (3) وطبيعة العيب المعيب به فقد يكون المبيع

---

(1) اسماعيل غانم، محاضرات في العقود المسماة،عقد البيع ـ ص 193 .
(2) مصطفى الزرقاء ـ المرجع السابق ـ ص 237 .
(3) كما لو كان محل البيع مثلا مكيف هوائي فلا يمكن كشف العيب الا بعد تركيبه في احد الابنية واستعماله على الوجه المالوف، جاك يوسف الحكيم ـ المرجع السابق ص 334 فقرة 385 .

./.

من الاشياء التي لا يظهر فيها العيب الا بعد استعمالها وهذا يتطلب وقتا لكشف العيب فلا يكفي فحصه عند ابرام العقد ولا بعد تسليمه انما بعد استعماله (1) .

وهذه الحالات يمكن فهمها من نص المادة 380 مدني جزائري بحيث تؤكد انه اذا تسلم المشترى المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية فكلمة عندما (يتمكن) وعبارة حسب قواعد التعامل الجارية توضح لنا ذلك ،والواقع المعاش في مجال المعاملات بين الافراد يقول بهذا ايضا .

فاذا تسلم المشترى المبيع وقام بفحصه ،واكتشف ان بهذا المبيع عيب ينقص من قيمته ومنفعته ،كان عليه حتى يتمتع بالضمان ،ان يخطر البائع بهذا العيب في الوقت اللازم لذلك والا عد راضيا بالمبيع وهذا الاجراء يعتبر الالتزام الثاني الذى يقع على عاتق المشترى .

المطلب الثاني : اخطار البائع بالعيب .

قبل ان نتعرض لبحث هذه المسألة نعرف الاخطار وماذا نعني به ؟ يعرف الاخطار على انه" عمل اجرائي ينقل الى البائع تذمر المشترى من كون المبيع يحتوى على عيب معين يجعله غير مطابق للمنفعة

---

(1) في حالة ضمان حقوق معينة في المبيع يمكن فحص ثاني عند التسليم ولو كان قد تم فحص قبل ذلك عند التعاقد (حسن فرج -ص 459 . هامش 1 .

./.

المرجوة منه ،وهو غالبا ما يكون مقدمة لدعوى قضائية والغاية الاساسية من الاخطار عي تفادى تفسير سكوت المشترى بانه قبول للمبيع بعيوبه (1) .

لم يحدد نص المادة 380 مدني جزائرى المدة التي يجب على المشترى في خلالها اخطار البائع بالعيب، انما تركها للمألوف في التعامل من جهة ولطبيعة العيب والشيء المبيع من جهة اخرى ولقاضي الموضوع في ذلك سلطة تقديرية ،والمشرع الجزائرى في هذا ساير المشرع المصرى وعلى هذا النهج سار المشرع الفرنسي بينما اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في ذلك . فمنهم من حددها ومنهم من تركها للقاضي .

فعند المالكية حددت مهلة الاخطار بيومين من يوم التسليم واما الشافعية الزموا المشترى بالاخطار فور اكتشافه للعيب دون اى تاخر بينما الحنفية لم يحددوا هذه المهلة واعتبروا السكوت الطويل بمثابة قبول لهذا العيب (2) .

وسواء حددت مهلة الاخطار او لم تحدد فالمشترى ملزم باخطار البائع فور اكتشافه للعيب في الاجل المعقول ودون اى تاخر والا سقط حقه في الضمان ولو لم تنته مدة التقادم .

---

(1) ويقتضي عدم الخلط بين الاخطار من جهة والانذار من جهة اخرى ،فهذا الاخير هو تكليف بالايفاء اى بتنفيذ الالتزام في حين ان الاخطار هو اعلام بعدم تنفيذ الالتزام العقدى يرافقه في اكثر الاحيان انذار بالاعفاء .
انظر اسعد دياب، المرجع السابق، ص 115 ـــ 116
(2) المغني، لابن قدامة ، ص . 160 .

./.

المرجوة منه ،وهو غالبا ما يكون مقدمة لدعوى قضائية والغاية الاساسية من الاخطار هي تفادى تفسير سكوت المشترى بانه قبول للمبيع بعيوبه (1) .

لم يحدد نص المادة 380 مدني جزائرى المدة التي يجب على المشترى في خلالها اخطار البائع بالعيب، انما تركها للمألوف في التعامل من جهة ولطبيعة العيب والشيء المبيع من جهة اخرى ولقاضي الموضوع في ذلك سلطة تقديرية ،والمشرع الجزائرى في هذا ساير المشرع المصرى وعلى هذا النهج سار المشرع الفرنسي بينما اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في ذلك . فمنهم من حددها ومنهم من تركها للقاضي .

فعند المالكية حددت مهلة الاخطار بيومين من يوم التسليم واما الشافعية الزموا المشترى بالاخطار فور اكتشافه للعيب دون اى تاخر بينما الحنفية لم يحددوا هذه المهلة واعتبروا السكوت الطويل بمثابة قبول لهذا العيب (2) .

وسواء حددت مهلة الاخطار او لم تحدد فالمشترى ملزم باخطار البائع فور اكتشافه للعيب في الاجل المعقول ودون اى تاخر والا سقط حقه في الضمان ولو لم تنته مدة التقادم .

---

(1) ويقتضي عدم الخلط بين الاخطار من جهة والانذار من جهة اخرى ،فهذا الاخير هو تكليف بالايفاء اى بتنفيذ الالتزام في حين ان الاخطار هو اعلام بعدم تنفيذ الالتزام العقدى يرافقه في اكثر الاحيان انذار بالاعفاء .
انظر اسعد دياب، المرجع السابق، ص 115 ـ 116
(2) المغني، لابن قدامة ،ص. 160 .

./.

الا انـه قـد يخطـر المشتـرى البائـع بهـذا العيـب فـي الوقت المناسب ومـع ذلـك لا يسقـط حقـه فـي الضمـان ،ولا يستطيـع البـائـع ان يتمسـك بسقـوط حـق المشتـرى فيـه علـى اسـاس انـه لـم يخطـر بالعيـب فور اكتشافه لـه تلـك هـي حـالـة البائـع السيء النيـة الـذى يخفي العيـب عن المشترى ويوءكـد لـه خلـو المبيـع منـه ،وحتـى يتحقـق هـذا علـى المشتـرى ان يثبت غـش البـائـع وسوء نيتـه .

واذا كـان هـذا الاجراء" اخطـار البـائـع بالعيـب" بمثابـة التـزام علـى عـاتـق المشتـرى لا بـد من تحققـه حتى يتمتـع بالضمـان ،فان فيـه فـائـدة تعـود علـى كلا المتبايعيـن ،فالبائع يتحرر من حيرتـه التـي قـد تطـول حـول مصيـر العقـد . والمشتـرى يتحرر من مسوءوليـة هـذا العيب باظهـار رغبتـه بعـدم قبولـه للمبيـع المعيـب .

ان المشـرع قد حـث ونـص صراحـة علـى ضرورة اخطـار البائع بالعيـب فـور اكتشـافـه ولكنـه لم ينص على كيفيـة اخطـار هـذا البـائـع او بالاحرى الوسيلة التـي يتم بهـا اخطـاره لذا اجمع الفقهاء (1) علـى ان الاخطـار لا شكـل لـه فيمكن ان يقـع الاخطـار شفاهـة ولـو ان هـذه الحالـة قد يصعـب اثبـاتهـا ، او كتابـة او عن طريـق البـرق (برقيا) او بموجـب تلكس او هـاتفيـا ،كمـا انـه قـد يحصـل بكتـاب خـاص او سنـد رسمـي ،او بموجـب كتـاب مضمون .

---

(1) سليمان مرقس ـ المرجع السابـق ـ ص 420 ف 221 ،صبحي الخليل ،لبيـب شنب ـ المرجع السابـق ـ ص 268 ف 196 . حسـن فـرج ـ المرجع السـابـق ص 457 فقـرة 241 ،جـاك يوسـف الحكيم ـ المرجـع السابـق ـ ص335ف386 . السنهورى ـ المرجع السابـق ـ ص 737 .

./..

وبما ان الاخطار واقعة مادية فان اثباته او اثبات حصوله يمكن بكافة طرق الاثبات.

اما عن مضمونه فيجب ان يكون الاخطار واضحا ،لا يترك مجالا للالتباس،فلا تستعمل عبارات مبهمة وغامضة ،وانما يجب ان يذكر وصف جلي للعيب المشكو منه مع تحديد لنوع الشيء المعيب وذكر وسيلة اكتشافه ان وجدت اذا تطلب اكتشافه فحصا غير عادى (1) .

ان فحص المبيع واخطار البائع بالعيب الموجود به غير كاف للحصول على الضمان ،لان البائع الذى اخطره المشترى بهذا العيب بامكانه ان يدعي عكس ذلك بقوله انه قد سلم للمشترى مبيعا سليما خاليا من كل العيوب وفي هذه الحال على المشترى حتى ينفي ادعاء البائع ان يثبت وجود هذا العيب المشكو منه وعليه عبء الاثبات طبقا للقاعدة المعروفة على من يدعي يقع عبء الاثبات.

<u>المبحث الثاني</u> : تقادم دعوى الضمان .

تنص المادة 383 مدني جزائرى انه" تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشترى العيب الا بعد انقضاء هذا الاجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة اطول غير انه لا يجوز للبائع ان يتمسك بسنة التقادم متى تبين انه اخفى العيب غشا منه".

---

(1) Alter. L'obligation de délivrance dans la vente des meubles corporels.Paris 1972. Page 191.N°105.

./.

ويتضح من هذا النص ان المدة المحددة لرفع الدعوى هي مدة سنة ما لم يكن هناك اتفاق على مدة اطول من السنة . كما ان مدة السنة لا تسرى في حق المشترى اذا كان البائع قد اخفى العيب غشا منه . ويصرح هذا النص ايضا بان مدة السنة يبدأ سريانها من يوم تسليم المبيع، ولكن دون ان يحدد المقصود بالتسليم، فهل قصد به التسليم الفعلي ام التسليم الحكمي ؟

سنتناول بالدراسة نص هذه المادة من نواحي ثلاث :-

1 - المدة المحددة لرفع دعوى الضمان .
2 - بدأ سريان هذه المدة .
3 - الطبيعة القانونية لمدة دعوى الضمان .

المطلب الاول : المدة المحددة لرفع الدعوى .

جاء في المادة 383 / 1 مدني جزائرى ان مدة رفع دعوى الضمان في العيوب الخفية هي سنة واحدة لا اقل ولا اكثر، وسواء كان الشيء المعيب موضوع الضمان منقولا او عقارا فالمدة واحدة لا تتغير .

ونص المادة 383 / 1 مدني جزائرى ماخوذ عن النص المصرى من المادة 452 مدني مصرى، والنص المصرى الجديد هذا يختلف عن النص المصرى القديم (الملغى) فهذا الاخير كان يحدد مدة الادعاء او مدة رفع دعوى الضمان بثمانية ايام فقط من يوم العلم اليقيني بالعيب وليس من يوم التسليم .

واذا كان المشرع الجزائرى قد حدد مدة رفع الدعوى بسنة واحدة

./.

من يوم التسليم،فان المشرع الفرنسي لم يحدد صراحة هذه المدة انما جاء في المادة 1648 مدني فرنسي على ضرورة اقامة الدعوى في وقت قصير " Dans un bref délais " والوقت القصير هذا يحدد طبقا لطبيعة العيب والعرف المتبع في الجهة التي تم فيها البيع،واذا لم يوجد عرف او اتفاق بين الطرفين على تحديد المدة تترك للقاضي النظر فيه (1) .

واذا كانت هذه هي القاعدة العامة في القانون الفرنسي اي أن المدة غير محددة،فاننا نجده في بعض البيوع وضع نصوصا صريحة تحدد مدة رفع الدعوى . ففي المادة 64 من قانون العمل الفرنسي وفي بيع الالات التي تشكل عيوبها خطرا على العمال ،حدد المشرع الفرنسي فيها مدة رفع الدعوى بسنة واحدة ونفس المدة ايضا بالنسبة لبيع العقارات بقصد البناء المادة 2/1648 مدني فرنسي ،واذا كان هذا هو الوضع في القوانين الوضعية،فان الحالة هي ايضا بالنسبة للشريعة الاسلامية،فمدة المطالبة بالضمان محددة وتختلف باختلاف العيب فهناك عهدة السنة ،في بيع الرقيق ، في عيوب ثلاثة هي الجذام الجنون،البرص ،وعهدة الثلاثة ايام وهذه في باقي العيوب الاخرى (2) .

---

(1) Laurent.N° 300 - 301.
Baudry et soignat.N° 441.
Aubry et Rau.N° 355 bis. وهوامش 23، 25، 26 .
Bendaut. N° 268.P.213- 214.
Planiol , Ripebt et Hamel.N° 136.P.156.
Mazeaud.N° 989.
انظر الاحكام الحديثة،نقض فرنسي في 65/10/19 (D 1965. 61)
75-150 - 1967.II.J.C.P. 1967.10.30.

(2) ابن رشد ـ المرجع السابق ـ ص 94 .

./.

واذا كانت القوانين الوضعية واحكام الشريعة الاسلامية قد اختلفت في تحديد مدة دعوى الضمان ،فانها اتفقت في ان جعلت هذه المدة قصيرة ،وهذا يتماشى مع تقاليد القانون الروماني .

والغرض من تقصير هذه المدة يمكن تحديده من نواحي ثلاث :-

1 - ان اثبات العيب يصبح عسيرا ان لم يكن مستحيلا ،اذا مضى عليه وقت طويل .

2 - يرتكز على تامين الاستقرار في التعامل وبعث الثقة بين المتعاقدين فلا يبقى البائع مهددا بالضمان في اى وقت ولزمن طويل ،ويظل مصير العقد عرضة للزوال مما يؤثر في استقرار المعاملات وازدهارها بين الافراد ،لذا اتفق على جعل مدة الضمان قصيرة .

3 - مرده الى ان انقضاء وقت كبير على استعمال المبيع دون ادعاء يعني انه قد ادى كامل وظيفته الطبيعية وحاز على رضا المشترى والا لكان هذا الاخير ادعى بسرعة الضمان ،وهذا ما يبرز المعيار الوظيفي للعيب .

"d'autre part il importe que la situation soit règlée qu'au plus vite et d'ailleurs si l'acquereur tarde à se pleindre, il y a toute raison de croire que la chose lui a fourni un usage complet et normal (1).

---

(1) حسن فرج - المرجع السابق - ص 502 بند 266 . sals سالاى page 243.
السنهورى - المرجع السابق - ص 752 Baudry et soignat.N° 441.
Bendaut.N° 266.Page 214.
Laurent.N° 299. Page 303.

./.

وهذه المهلة القصيرة تطبق على الدعوى المباشرة التي يقيمها المشترى على بائعه او على الدعوى التي يقيمها المشترى الثانوى على بائع بائعه ،كما انها تسرى على دعوى الضمان سواء قدمت كدعوى اصلية او على سبيل الدافع،واذا رفعت الدعوى في ميعادها القانوني ضمن حق المشترى ان يعدل عن طلب الرد الى طلب التعويض ولو كانت المهلة قد انقضت بالنسبة الى هذا الطلب الاخير،اذ يكفي توافر المعيار بالنسبة الى الدعوى الاولى فقط،ولا ينظر بالتالي في حالة العدول عن طلب الرد الى طلب التعويض الى توفر المعيار ام عدم توفره فيما يتعلق بالطلب الاخير . لان العبرة في تحديد المدة هي بكون الدعوى الاولى قد رفعت ضمن ميعادها القانوني (1) .

واذا كان المشرع الجزائرى قد حدد مدة الضمان بسنة واحدة من التسليم فان هذا المبدأ العام ممكن الخروج عنه باستثناء،وذلك في حالتين اثنتين : نص عليهما المشرع الجزائرى بصريح العبارة في الفقرة الثانية من المادة 383/2 مدني جزائرى . فطبقا لها يستفيد المشترى بدعوى الضمان لمدة اطول اذا اتفقا مع البائع على تمديد مدة الضمان .

واما الحالة الثانية فهي حالة تعمد البائع اخفاء العيب عن غش منه،فاذا اثبت المشترى ان البائع اخفى العيب عن غش منه،فلا

---

(1) حسن فرج ـ المرجع السابق ـ ص 505 .
السنهورى ـ المرجع السابق ـ ص 742 .
Planiol, Ripert et Hamel.T.10.N° 140.
Laurent.Page 303.

./.

يستطيع البائع ان يتمسك بالنسبة لتمام التقادم بل تبقى الدعوى سارية المفعول الى اكثر من سنة وبالتحديد مدة خمس عشر سنة كما في القواعد العامة والحكمة من ذلك انه لا يمكن ان يستفيد البائع من غشه .

والغش الذى يبرر تغير المدة القصيرة مدة طويلة ، هو الغش بمعنى الخداع وليس سوء النية ذلك ان الغش اعلى مرتبة من سوء النية ، كما ان سوء النية مفترض في البائع وهذا ليس بمعنى الاضرار بالمشترى انما بغرض اتمام الصفقة .

لذلك نجد المشرع الجزائري قد اكد في المادة 383 مدني جزائري ان غش البائع هو الذى يمنعه من التمسك بالسنة لتمام التقادم وليس سوء النية ، لانه لو اخذ بسوء النية لادى هذا الى تعطيل احكام الضمان بجعل مدة رفع الدعوى تنقضي بمدة اطول خمس عشر سنة ، ذلك ان البائع خاصة المحترف التاجر يفترض فيه سوء النية وسوء النية هنا يمكن ان يتمثل في علم البائع بالعيب لانه من المفروض ان البائع يعلم بعيوب مبيعه ، لذلك لم يفرق المشرع الجزائري اطلاقا في الضمان بين البائع الذى يعلم بالعيب والذى يجهله انما فرق بين الذى اعتمد الغش والذى لم يعتمده . ففي مثل هذه الحالة يعفي المشترى من فحص المبيع واخطار البائع في الوقت الملائم ، ويستفيد من تمديد مدة الضمان الى مدة اطول من المدة المحددة له قانونا كل هذا تحت شرط اثبات ان البائع قد ارتكب غشا (1) .

---

(1) السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص 742 .
حسن فرج ـ المرجع السابق ـ ص 505 .

./.

المطلب الثاني : بدأ سريان مدة الدعوى .

نصت المادة 383 / 1 مدني جزائري على انه" تسقط بالتقادم دعوى الضمان اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع" طبقا لنص هذه المادة فان سريان مدة دعوى الضمان يبدأ من يوم التسليم للشيء المبيع (1) . بهذا التحديد الدقيق لبدأ سريان مدة تقادم دعوى الضمان ، يكون المشرع الجزائري قد تفادى الوقوع في الخطأ الذي وقع فيه المشرع الفرنسي الذى لم يحدد الوقت الذى منه يبدأ سريان مدة دعوى الضمان ولهذا السبب ثار خلاف في الفقه والقضاء حول هذا الموضوع، فهناك من يرى ان بدء سريان هذه المدة يجب ان يحدد بتاريخ انشاء العقد (2) وهناك من اعتمد بيوم التسليم (3)وفريق اخر اعتمد تاريخ كشف العيب لبدأ سريان المدة لانه قبل هذا الاكتشاف يكون من المستحيل على المشترى ان يتقدم بدعوى الضمان (4) .

---

(1) القانون المصرى القديم كان يحدد مدة سريان دعوى الضمان بثمانية ايام من يوم علم المشترى بالعيب وليس من يوم التسليم كما هو الحال في التقنين الجديد والمدة فيه سنة واحدة وليست ثمانية ايام ، والعلم المقصود هنا العلم الحقيقي اليقين (نقض مدني مصرى 1963/12/24 مجموعة النقض رقم 47 ص 307) .
انظر ايضا السنهورى ، عقد البيع ، ص 750 بند 377 . حسن فرج - المرجع السابق ص 503 . احمد نجيب الهلالي وحامد زكي - المرجع السابق فقرة 416 . انظر ايضا مجموعة الاعمال التحضيرية ج 4 ص 124 .

(2) Aubry.Rau.Page 117. N° 355.

(3) MAZEAUD.N° 989.Planiol, Ripert et Hamel.N° 136. Page 156. Baudry et soignat.N° 441.

(4) Laurent.N° 302.

./.

وبسبب عدم تحديد المشرع مدة سريان دعوى الضمان في القانون الفرنسي ترك أمرها لقاضي الموضوع الذى له سلطة تقديرية في تجديد هذه المدة او بدأ سريانها وفقا لظروف كل قضية وملابساتها (1) .

والتسليم المقصود في المادة 383 / 1 مدني جزائرى ولو ان النص جاء غامضا لم يفسر نوع التسليم ،ومن المعروف ان التسليم قد يكون حكميا وقد يكون فعليا - هو التسليم الحقيقي او بعبارة ادق يشترط في التسليم الذى من وقت حدوثه تبدأ مدة دعوى الضمان ان يكون تسليما فعليا ،لان هذا النوع من التسليم بنقل الحيازة المادية في يد المشترى وهو الذي يمكن المشترى من فحص المبيع والتحقق من سلامته او اكتشاف عيوبه اذا كانت به عيوب . بينما التسليم الحكمي لا يؤدى هذه الوظيفة لذا فهو مستبعد ولو لم ينص القانون عن ذلك صراحة فالتسليم الحكمي يعتد به فقط في حالته تبعة الهلاك .

المطلب الثالث : الطبيعة القانونية لمدة دعوى الضمان .

يتضح من نص المادة 383 / 1 مدني جزائرى ان المدة المحددة لدعوى الضمان هي مدة تقادم prescription وليست مدة سقوط déchéance فالنص جاء على المنوال التالي " تسقط بالتقادم . . . " .

---

(1) انظر ،نقض مدني فرنسي في 1967/10/30 ،بين هذا الحكم ان تحديد بدأ المدة يدخل في الاختصاص المطلق لقاضي الموضوع .

(2) انظر ،السنهورى ،عقد البيع - ص 752 هامش 1 .
حسن فرج - المرجع السابق - ص 504 .
عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق ،فقرة 351 .
عبد الفتاح عبد الباقي - ص 285 .

./.

وبما ان مدة سقوط دعوى الضمان هي مدة تقادم، فان اثارقانونية تترتب عن ذلك تتمثل فيما يلي :-

1 - وفقا للقواعد العامة في التقادم، فان مدة دعوى الضمان التي هي مدة تقادم يمكن قطعها اذا وجد سبب من اسباب قطع التقادم كما في حالة اقرار المدين بحق الدائن، اقرارا صريحا او ضمنيا، المادة 318 مدني جزائري، كما انه ينقطع في حالة المطالبة القضائية المادة 317 مدني جزائرى ولا يكفي اخطار البائع بالعيب لقطع التقادم لان الاخطار لا يعتبر بمثابة انذار، بل اخطاره هو بمثابة التزام على عاتق المشترى بحصوله يحق له رفع دعوى الضمان، واذا تخلف سقط حقه فيها ولو لم تنقض مدة السنة.

2 - يمكن وقف مدة التقادم اذا وجد سبب من اسباب وقف التقادم وهذا ايضا طبقا للقواعد العامة في التقادم. وطبقا للمادة 2/316 مدني جزائرى فان مدة تقادم دعوى الضمان هذه يمكن وقفها، اى لا تسرى في حق عديمي الاهلية والغائبين والمحكوم عليهم بعقوبة جنائية اذا لم يكن لهم ممثل قانوني، ذلك لان هذه المدة لا تزيد عن خمس سنوات فهي سنة واحدة فقط.

---

(1) تختلف المادة 452 مدني مصرى جديد عن المادة 402/1324 من التقنين المصرى الملغى من حيث طبيعة مدة دعوى الضمان، ففي القانون الجديد المادة 452 هي مدة تقادم بصريح العبارة حيث جاء فيها " تسقط بالتقادم . . . ." بينما في القانون الملغى فهي مدة سقوط وليست مدة تقادم كما يظهر من سياق النص حيث قال " . . .والا سقط الحق فيها".
انظر، السنهورى - المرجع السابق - ص 750 هامش رقم واحد.

./.

وبمفهوم لمخالفة لهذه المادة اذا وجد لهؤلاء من يمثلهم قانونا فان هذه المدة تسرى في حقهم ولا يمكن وقفها ،والقانون الجزائرى في هذا يختلف عن القانون المصرى ،ففي هذا الاخير مدة تقادم دعوى الضمان لا يمكن وقفها في مثل هذه الحالات حتى ولو لم يكن لهؤلاء من يمثلهم قانونا ، ذلك ان مدة تقادم دعوى الضمان لا تزيد عن 5 سنوات هذا ما يفهم من المادة 2/382 مدني مصرى (1) .

واذا تقادمت دعوى الضمان هذه (سواء تعلق الامر بعيب خفي في الافة الطارئة التي تخلو منها عادة الفطرة السليمة للشيء،او تعلق الامر بتخلف صفة مشروطة في المبيع متفق عليها ،في العقد) بمرور سنة عن ميعاد رفعها سقط حق المشترى فيها .

ولكي يبقى الباب مفتوحا امامه لرفع دعاوى اخرى طبقا للقواعد العامة كدعوى الغلط او دعوى الفسخ ،ومن باب اولى له رفع دعوى الضمان لو انقضت مدة السنة ،اذا اثبت المشترى غش البائع ،ففي هذه الحالة لا يمتد بالسنة لتمام التقادم . انما تطبق مدة التقادم العادى وهي خمس عشر سنة اى التقادم الطويل .

كما انه يمكن ان تتقادم هذه المدة بمرور مدة اطول من سنة ، ذلك في حالة ما اذا وجد اتفاق بين الطرفين يقضي بزيادة مدة الضمان . وفي هذا الصدد نص صريح اتى به المشرع الجزائرى سمح للطرفين الاتفاق

---

(1) انظر، السنهورى - المرجع السابق - ص 752 .
حسن فرج - المرجع السابق - ص 505 بند 267 .
سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 417 فقرة 229 .

./.

على زيادة مدة الضمان، لذا نجد بعض الفقهاء (1) اتخذ من هذا النص ذريعة وسندا وقال بامكان جعل مدة التقادم تقل عن سنة اذا اتفق الطرفان على الانقاص في مدة الضمان، لكن مثل هذا القول يجعل المبدأ العام المنصوص عليه بالنسبة للتقادم يتزعزع كيانه فالمبدأ انه لا يجوز التنازل عن التقادم فاذا تم مثل هذا يعتبر خروجا عن المبدا ومخالفا للنظام العام، فاحكام التقادم كما هو معروف تعتبر من النظام العام، المادة 322 مدني جزائري .

واذا كان الاتفاق على زيادة مدة الضمان جائز فان ذلك مرده الى ان القانون اورد نصا صريحا في احكام الضمان يجيز ذلك، انما العمل به بمفهوم المخالفة واباحة الاتفاق على انقاص مدة الضمان فهذا غير جائز ولو انه طبقا لما ورد في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المصرى انه يمكن الاتفاق على انقاص مدة الضمان . قال بعض الفقهاء المصريين باجازة واباحة مثل هذا الاتفاق، نرى كما يرى بعض الفقهاء المصريين ان هذا غير جائز العمل به لان احكام التقادم من النظام العام (2) .

---

(1) انور سلطان، المرجع السابق - ص 285، عبد الفتاح عبد الباقي - 286 و 287 .
جميل الشرقاوى - ص 288 . عبد المنعم البدراوى فقرة 351 - ص 521 .
منصور مصطفى منصور - ص 210 فقرة 94 .
المذكرة الاسضاحية للمشروع التمهيدى ، الجزء الرابع - ص 128 .

(2) السنهورى - المرجع السابق - ص 752 هامش 3 .
حسن فرج - المرجع السابق - ص 502 بند 260 .
سليمان مرقس - ص 417 .

./.

المبحث الثالث : هلاك المبيع ومدى سقوط حق المشترى في دعوى الضمان .

طبقا للقواعد العامة وفي العلاقة بين البائع والمشترى أن تحمل تبعة الهلاك على من بيده الشيء . فاذا كان المبيع بيد المشترى وهلك،فان هلاكه يكون على المشترى ولا يكون له الحق في الرجوع على البائع بالتعويض الا اذا كان الهلاك بسبب البائع،اى كان للبائع دخل في هذا الهلاك واذا كان المبيع بيد البائع وهلك فهلاكه يكون على البائع وبذلك ينفسخ العقد ،الا اذا كان للمشترى دخل في هذا الهلاك .

فاذا كان هلاك المبيع بعد التسليم على عاتق المشترى طبقا للقواعد العامة كما راينا ،فهل يسقط حق المشترى في مطالبة البائع بالضمان للعيب الخفي اذا هلك المبيع المعيب بعد ان تسلمه المشترى ؟ جاء في المادة 382 مدني جزائرى على انه" تبقى دعوى الضمان مستمرة ولو هلك الشيء المبيع وباى سبب كان ،ان هذه المادة تمنح للمشتوى الحق في دعوى الضمان وفي متابعتها والغرض من هذا النص ان العيب قد ظهر في المبيع قبل هلاكه وان المشترى بادر في رفع الدعوى ضد البائع وقبل صدور حكم هلاك المبيع . فالدعوى في هذه الحالة وطبقا لنص المادة 382 لا تلغي ولا تبطل انما تبقى مستمرة وللمشترى الحق فيها .

ولكن ما يوءخذ على نص المادة 382 مدني جزائرى انه جاء عاما ومطلقا مما يوءدى عند تفسيره الى تحميله اكثر مما يحتمل .

فهذا النص لم يحدد حالات الهلاك التي تبقى معها دعوى الضمان . سارية المفعول ؟كما انه لم يبين اثر الهلاك بالنسبة لحق المشترى في الضمان !

./.

فكما هو معروف قد يهلك الشيء المبيع بسبب اجنبي كالقوة القاهرة وفعل الغير، كما قد يهلك بسبب البائع او المشترى والى جانب هذا كله قد يهلك ايضا بسبب العيب الموجود فيه، وطبقا لنص المادة 382 مدني جزائرى يكون للمشترى الحق في الرجوع بالضمان على البائع اذا هلك المبيع بسبب من هذه الاسباب والفرض هنا ان الهلاك بعد التسليم وبعد رفع دعوى ضد البائع - وتبعا لذلك يكون له الحق في طلب الرد الكلي اذا كان الهلاك كليا او الرد الجزئي اذا كان الهلاك جزئيا او طلب التعويض اذا اختار استبقاء ما تبقى من المبيع كانقاص بناية او عمارة.

ان تفسير النص بهذه الطريقة فيه افراط في السماح للمشترى بالرجوع على البائع بالضمان، كما ان فيه اهدار لحكم نص المادة 382 مدني جزائرى، واذا كان القول باعطاء المشترى حق الرجوع على البائع بالضمان في حالة ما اذا هلك المبيع بسبب العيب القديم، فانه ليس من العدالة في شيء ان يرهق البائع ذلك بالسماح للمشترى في الرجوع عليه بالضمان اذا ما هلك المبيع تحت يده بسببه او بسبب القوة القاهرة او العيب الحادث. فهذا يتعارض ويصطدم اصطداما حقيقيا مع احكام ضمان العيب التي نظمها المشرع بقواعد خاصة واحكام تبعة الهلاك التي تقضي بان هلاك المبيع بعد التسليم يكون على المشترى وقبل التسليم يكون على البائع.

لذا نرى في حالة هلاك المبيع المعيب بعد رفع الدعوى وقبل صدور الحكم ان تراعى قواعد الضمان مع قواعد تبعة الهلاك، فان هلك المبيع بسبب اجنبي بعد رفع الدعوى وكان العيب جسيما فالمفروض وطبقا

./.

لقواعد الضمان ان المشترى الحق في رد المبيع للبائع واسترداد قيمته ،او اذا اختار استبقاء المبيع كان له الحق في التعويض عن الضرر الذى اصابه بسبب العيب، وبما ان المبيع قد هلك وهو بيد المشترى بسبب اجنبي لا دخل للبائع فيه ،فان المشترى يمتنع عليه رد المبيع لاستحالة الرد بسبب هلاك المبيع ،فلا يبقى له سوى الحق في التعويض عن الضرر الذى اصابه بسبب العيب، وعند تقدير التعويض نضع في الاعتبار هلاك المبيع بسبب اجنبي ومدى تحمل المشترى لتبعة هذا الهلاك وبذلك لا يكون لهذا الاخير التعويض الكامل كما يرى بعض الفقهاء (1) . اما اذا كان الهلاك بسبب يعود للبائع او لمن هو مسؤولا عنهم كان للمشترى الحق في التعويض الكامل .

ان تفسير نص المادة 382 مدني جزائرى بغير هذا المعنى يعود بنا الى القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم (2) ،ففي ظل هذين القانونين ،كان البائع غير معف من الضمان في حالة هلاك المبيع بسبب قوة قاهرة . الا اذا كان مرد ذلك الى خطا المشترى .

واذا كان هذا هو الحكم في القانون الفرنسي القديم فان القانون الفرنسي الجديد في المادة 1647 مدني فرنسي اتى بصورة عكسية لما سبق ،فاعطى البائع من الالتزام بالضمان في حالة هلاك المبيع بسبب قوة قاهرة ولا يحق للمشترى الرجوع عليه لا باسترداد الثمن ولا بتخفيضه. وهكذا نرى ان المادة 1647 مدني فرنسي قد اغلقت الباب في وجه المشترى واسقطت حقه في الضمان نهائيا اذا هلك المبيع بسبب اجنبي ، حتى ولو هلك الشي معيبا ،الا اذا كان العيب هو سبب الهلاك .

---

(1) قارن السنهورى ، المرجع السابق- عقد البيع - ص744 ،وهو يستبعد في هذا الموضوع في حالة هلاك المبيع بفعل المشترى حق هذا الاخير في طلب الرد الكلي ،ويقصر حقه على التعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب العيب . . .

(2) انظر Planiol, Ripert et Hamel. Page 157. portier. N° 219.

وبسبب نص المادة 1647 مدني فرنسي انقسم الفقه الفرنسي الى فريقين ، فريق ايد نص هذه المادة وفريق عارضه .

فالفريق الاول يرى انه اذا حدث وهلك المبيع فهلاكه يكون على المشترى طبقا للقواعد العامة التي تضع تبعة الهلاك على عاتق المشترى بغض النظر عن وجود العيب او عدم وجوده ، زيادة على ذلك انه يتعذر معرفة ما اذا كان المبيع قد هلك بسبب العيب ام بسبب اجنبي وهذا من الصعب اثباته ، وامام هذه الاستحالة ، وتفضيلا للحلول العملية ضحى المشرع بمصلحة المشترى لصالح البائع (1) .

واما الفريق الثاني فيرى ان حكم المادة 1647 مدني فرنسي هو خروج عن القواعد العامة من جهة ، وعن القانون الروماني من جهة اخرى ، فليس من العدل ان يتحمل المشترى هلاك المبيع ، بل ان العدالة تستوجب ان يعود المشترى على البائع بقيمة ما كان ينقص العيب من مقدار الثمن الذى دفعه لقاء المبيع . وبذلك لا يحصل البائع الا على قيمة المبيع المعيب ، مازاد عن ذلك فهو من حق المشترى والا اثرى البائع على حساب المشترى وهذا يتناقض مع القواعد العامة وقواعد العدالة (2) .

---

(1) انظر : Baudry et soignat.N° 349.

(2) Laurent.N° 306.Page 300.

Planiol, Ripert et Hamel.Page 157.
Aubry,Rau. N° 355.
MAZEAUD. N° 988.Page 838.

حيث قال " ان للمشترى في حالة الهلاك بقوة قاهرة او بخطأ منه ان يرجع بجزء من الثمن يعتبر انه قد دفع الى البائع زيادة عما كان يجب دفعه حيث تبين ان المبيع كان معيبا " .

./.

فبالمقارنة بين النصين الفرنسي والجزائري نجد ان القانون الفرنسي يسقط حق المشتري في الضمان في حالة هلاك المبيع وباي سبب كان الا اذا كان العيب القديم هو سبب الهلاك، واما الجزائري فان البائع يلزم بالضمان مهما كان سبب الهلاك كما يفهم من عموم النص.

لذا يجب عدم تفسير نص المادة 382 مدني جزائري على اطلاقه بل يجب ان يفسر على ضوء القواعد العامة في التفسير بالقول بان المقصود منه هو ان المشتري انما يرجع على البائع بالتعويض عن الضرر الذي اصابه بسبب العيب القديم اذا ما هلك المبيع بفعل المشتري، او بفعل القوة القاهرة او بسبب عيب جديد فيه، لان هلاك المبيع بسبب من هذه الاسباب يجعل المشتري لا يستطيع ان يرد المبيع بالحالة التي كان عليها عند البيع. ومن ثم لا يكون له الا الرجوع بالتعويض عما يستحقه بسبب العيب فقط اذا اثبت وجود العيب وبقاء دعوى التعويض للمشتري قبل البائع في هذه الحالة يبرره ان المبيع كان معيبا، وانه يقع على البائع التزام خاص بالضمان، هو ضمان سلامة المبيع من العيوب، لذلك فان مجرد هلاك المبيع لا يبرئ ساحة البائع. فلا يكون وسيلة لتخليصه مما يتحمل به من التزامات ناشئة عن عيب المبيع كما هو الحال في القانون الفرنسي .

ويكون للمشتري الضمان الكامل اذا ما هلك المبيع بسبب العيب الخفي القديم. او بسبب البائع او من هم مسؤول عنهم، ففي هذا الفرض يكون للمشتري طلب الحق في الضمان والتعويض الكامل، ولا يهم ان هلك المبيع كليا او جزئيا، وعلى المشتري ان يثبت رابطة السببية بين العيب

والهلاك (1) ،وهذا ما نجده في احكام الشريعة الاسلامية،ففي ظل احكام الشريعة الاسلامية يسقط خيار المعيب بهلاك المبيع لفوات محل الرد . فان هلك المبيع وهو في يد البائع انفسخ البيع ولا يرجع البائع على المشترى بشيء من الثمن لانه يتحمل تبعة الهلاك قبل القبض،وان هلك المبيع وهو في يد المشترى فهلاكه عليه لانه قبضه ولكنه يرجع على البائع بنقصان الثمن بسبب العيب (2) .

ويلحق الفقهاء بالهلاك ، حالة هلاك المبيع نتيجة استعماله ،فهناك يكون بصدد هلاك حقيقي ،انما استعمال المبيع ادى الى استهلاكه وباستهلاكه ظهر انه معيبا . مثل الحبوب المعدة للبذر ،اذا كانت فاقدة لقوة الانبات فهذا يعتبر عيبا خفيا فيها ،والمشترى لا يستطيع ردها بعد بذرها ومع ذلك يكون له الحق في طلب التعويض الكامل لان الهلاك كان نتيجة للعيب (3) .

---

(1) انظر ،مصطفى الزرقاء - المرجع السابق - ص 246 بند 209 .

(2) انظر مصادر الحق في الفقه الاسلامي - السنهوري - ص 258 .
بدران ابو العين بدران - الشريعة الاسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود ص 546 .
المغنى لابن قدامه - ص 176 .

(3) انظر السنهوري - المرجع السابق - عقد البيع - ص 745 هامش 2 .
حسن فرج - المرجع السابق - ص 494 هامش 1 . Laurent.N° 293.P.288

خاتمة

نخلص من دراستنا للضمان القانوني للعيب الخفي وتخلف الصفة في عقد البيع ، كما نظمه المشرع الجزائري في التقنين المدني ، الى بعض النتائج التي تدعو لنا على قدر كبير من الأهمية في تحديد معالم التزام البائع بضمان العيب وتخلف الصفة . وعلى ضوء هذه النتائج نقترح ما رأيناه حلا مناسبا لازالة بعض الغموض الذي مازال يحتوي هذا النظام القانوني .

اولا : النتائج

1) اتضح لنا من خلال دراستنا للتطور التاريخي لضمان العيب الخفي وتخلف الصفة ان هذا الالتزام الذي يولده عقد البيع على عاتق البائع بقوة القانون ، لم يظهر طفرة واحدة في قوانين المجتمعات القديمة ، وانما ظهر كالتزام ثانوي في اولى مراحل القانون الروماني يضيق مجال تطبيقه على بعض العقود ذات شكل معين كالاشهاد ، او ذات محل معين مثل العقار او الحيوان او الرقيق .

ومع ازدهار التجارة والصناعة في اوربا وتضخم حجم العلاقات التجارية والصناعية بين الأفراد ، تطور التزام البائع بضمان العيب الخفي واتسع نطاق تطبيقه فشمل جميع عقود البيع بغض النظر عن شكلها او محلها ، فاصبح بذلك يشكل الدعامة الأساسية التي يرتكز عليها عقد البيع في القوانين الوضعية الحديثة .

على ان التزام البائع بالضمان لم يصبح نظاما قانونيا له من الاحكام ما يميزه عن الأنظمة القانونية الأخرى على النحو الذي وصلنا به الى التقنين المدني الجزائري الا في نهاية القرن الثامن عشر ، في حين نجد الشريعة الاسلامية قد نظمت احكامه بهذا الشكل وربما بشيء من التفصيل مما جعل احكامه ادق من احكام القانون الوضعي وذلك في القرن السابع الميلادي ، حيث افردت لأحكام الخيارات بابا ، فكان خيار العيب بمعنى ضمان العيب وخيار الوصف بمعنى ضمان تخلف الصفة ينطبقان على جميع العقود امتثالا لقوله صلى الله عليه وسلم " لا يحل لمسلم ان يبيع سلعة من السلع وهو يعلم ان عيبا فيها قل او كثر حتى يبينه لمبتاعه " .

2) يلاحظ ان المشرع المدني الجزائري قد جمع بين ضمانين مختلفين من حيث المفهوم والحكم في نص واحد (المادة 379) وهما ضمان العيب الخفي وضمان تخلف الصفة التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع ، والزم البائع بضمانهما طبقا لاحكام الاستحقاق متأثرا في ذلك بأحكام القانون المدني المصري الذي أخذ احكام ضمان العيب من القانون المدني الفرنسي واحكام ضمان تخلف الصفة من الشريعة الاسلامية ورتب عليهما اثار موحدة وهي رد المبيع والمطالبة بقيمته خلافا للشريعة الاسلامية التي رتب فقهاؤها على تخلف الصفة فسخ العقد واعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، وبذلك جاء النص غامضا من حيث المقصود بالعيب الذي يضمنه البائع في المادة 379 ق٠م٠ج ٠

3) تبين لنا عند تعريفنا للعيب الموجب للضمان بأنه " آفة عارضة يخلو عنها الشئ المبيع في اصله ، لا تظهر عند البيع بفحص المبيع ان وجدت به ، وهي تنقص من قيمته ومن الانتفاع به " أن هذا التعريف لا ينطبق على تخلف الصفة التي تعهدالبائع للمشتري بوجودها في المبيع ومن ثمة كان ادماج المشرع لها ضمن احكام العيب الخفي من قبيل الترديد لما هو مقرر في القواعد العامة ، حيث ان تسليم المبيع خاليا من الصفات التي تعهد البائع بوجودها في المبيع ما هو الا اخلال البائع بتنفيذ التزامه التعاقدي ، وهو عدم تسليم المبيع مطابقا للصفات المتفق عليها ، فنكون بصدد الاخلال بالتزام عقدي جزاءه فسخ العقد وليس تنفيذه كما هو الحال في حالة ظهور العيب في المبيع ٠

4) انتهينا عند بحثنا للشروط الواجب توافرها في العيب لقيام الضمان الى ان المادتين 379 و 380 من التقنين المدني الجزائري تشترطان توافر اربعة شروط في العيب لقيام الضمان وهي 1) ان يكون العيب مؤثرا 2) ان يكون العيب قديما 3) ان يكون العيب خفيا 4) ان يكون العيب غير معلوم للمشتري ٠ على ان تطبيق هذه الشروط يقتصر على العيب بمعنى الآفة العارضة ولا يشمل تخلف الصفة التي ادمجها المشرع الجزائري مع العيب الخفي على غرار القانون المصري باستثناء شرط القدم ، اذ انه لا يمكن تصور عدم تأثير تخلف الصفة في المبيع طالما ان المتعاقدين قد ادخل هذه الصفة في الاعتبار عند التعاقد ، كما

ان طبيعة الصفة التي يضمن البائع وجودها في المبيع تستلزم علم المشتري بها ومن ثمة يستبعد القول بانه يجب ان تكون خفية وغير معلومة المشتري . وهكذا يبقى شرط القدم هو الوحيد الذي يثبته المشتري للمطالبة بضمان تخلف الصفة في المبيع ، اي يثبت ان الصفة التي كفلها له البائع قد تخلفت وقت التسليم .

5) لم ينظم المشرع الجزائري الآثار التي تترتب على قيام ضمان العيب وتخلف الصفة باحكام خاصة تستقى من الطبيعة المزدوجة لضمان العيب الذي يعد من مقتضيات العقد ، وتخلف الصفة التي تضاف الى العقد باتفاق المتعاقدين ، وانما احال بموجب المادة 381 الى تطبيق احكام ضمان الاستحقاق الكلي والجزئي المنصوص عليهما في المادتين 375 و 376 من التقنين المدني التي تحدد كيفية رجوع المشتري على البائع بدعوى الرد . وبالرجوع الى احكام الاستحقاق سواء كان كليا او جزئيا يتضح انه ينقص من مقدار المبيع ويفوت غرضا على المشتري بغض النظر عن قصده من استعمال المبيع ، ومن هذه الزاوية تتوحد النتائج التي يؤدي اليها كل من استحقاق المبيع في يد المشتري ووجود العيب في المبيع .ولذلك كان من الطبيعي ان يرتب المشرع على ضمان العيب الخفي نفس الآثار التي تترتب على ضمان الاستحقاق . ولكنه ليس من الطبيعي في شيء ان ترتب نفس الآثار التي تترتب على ضمان الاستحقاق في حالة تخلف الصفة التي ضمن البائع وجودها في المبيع لاختلاف الضمانين اختلافا جذريا . اذ ان تخلف الصفة التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع لا تنقص من مقدار المبيع ولا من قيمته او من الانتفاع به ، ذلك انه يفترض ان البائع قد سلم المبيع الى المشتري سليما من كل العيوب غاية ما في الأمر ان المشتري لاعتبارات خاصة به قد اشترط وجود صفة معينة في المبيع ،ولذلك فان تقدير الخسارة التي لحقت المشتري من جراء تخلف الصفة من المبيع في حالة الرد الجزئي طبقا لاحكام الاستحقاق الجزئي ليس له عنصر مادي يمكن الاعتماد عليه لتقدير التعويض لان صفة معينة قد تكون لها اهمية بالغة في نظر مشتري معين ولا تكون لها نفس الأهمية لدى مشتري اخر ، في حين ان درجة تأثير العيب الخفي في المبيع لا يختلف كثيرا عن درجة تاثير الاستحقاق الكلي او الجزئي في المبيع من حيث القيمة المادية التي لا تختلف من شخص الى شخص اخر ، ومن ثمة الاعتماد في تقدير خسارة المشتري طبقا لضمان الاستحقاق الجزئي على عنصر مادي والاستعانة باهل الخبرة ....

ثانيا : الاقتراحات

على ضوء النتائج التي توصلنا اليها بواسطة لهذا البحث نقترح بعض الحلول التي تبدو في رأينا كفيلة بأن تجعل التقنين المدني الجزائري بمنأى من الانتقادات التي وجهت الى التقنينات التي سبقته .

1)- نظرا للاختلاف الجوهري بين العيب الخفي (الآفة العارضة) وبين تخلف الصفة المشروطة في العقد من حيث طبيعتهما ومفعولهما في المبيع ، فاننا نقترح تعديل نص المادة 379 وذلك باخراج ضمان تخلف الصفة من احكام ضمان العيب وتركه للقواعد العامة التي تلزم البائع بتسليم الشئ المبيع الى المشتري مطابقا لما اتفق عليه في عقد البيع ، فاذا سلم البائع للمشتري مبيعا تخلفت فيه صفة معينة ضمن البائع وجودها في المبيع ، اعتبر هذا الأخير مخلا بالتزام عقدي وهو عدم تسليم المبيع بالصفة المتفق عليها في العقد ، وتبعا لذلك يكون للمشتري طبقا للقواعد العامة الحق في طلب الفسخ بدلا من رد المبيع طبقا لاحكام ضمان الاستحقاق وذلك تأسيسا على الاعتبارات التالية :

أ) ان النص في المادة 379 على ضمان البائع لتخلف الصفة التي كفل للمشتري وجودها في المبيع يعتبر ترديدا للقواعد العامةالمشار اليها اعلاه ، وليس فيه ما يضيف حماية للمشتري ، بل على العكس من ذلك قد يضار المشتري لو اختار احكام الضمان بدلا من القواعد العامة كما سنرى في الفقرة (ب) ادناه . ويضاف الى ذلك ان وجود وسيلتين في تقنين واحد لتحقيق نتيجة واحدة يعد عيبا في هذا التقنين لما يثيره من لبس وغموض لدى المحاكم في اختيار اي النظامين تطبق .

ب) لو ان المحكمة فسرت نص المادة 379 على انه نص خاص يقيد النص العام الوارد في القواعد العامة ، فان احكام الضمان التي جاءت لحماية المشتري تنقلب لمصلحة البائع فيما يتعلق بضمان

تخلف الصفة ، ذلك ان دعوى الرد الممنوحة للمشتري في حالة تخلف الصفة طبقا لاحكام الضمان لا تلزم البائع الا برد قيمة المبيع مقوما وقت اكتشاف تخلف الصفة ، وقد تنقص قيمة المبيع على الثمن الذي دفعه المشتري اثناء ابرام العقد .

ج) ان قيام ضمان البائع لتخلف الصفة المعينة في المبيع يتوقف على وجود تعهد من البائع للمشتري على وجود هذه الصفة في المبيع ، مما يجعل مصدر ضمان تخلف هذه الصفة هو الاتفاق بين المتعاقدين وليس القانون ومن ثمة يكون مشمولا بنص المادة 384 التي تجيز للمتعاقدين ان يعدلا من احكام الضمان القانوني باتفاق خاص .

=) • اذا كان المشرع الجزائري يرى بان القواعد العامة على النحو الذي سبق شرحه ليست كفيلة لحماية المشتري في حالة تخلف الصفة ، وان تنظيم ضمان تخلف الصفة ضمن احكام ضمان العيب الخفي اريد منه تمهيد الطريق امام المتعاقدين وتجنبهما مشقة تنظيم علاقتهما التعاقدية ، فاننا نقترح اضافة نص جديد تحدد فيه الآثار التي تترتب على تخلف الصفة مستقلة عن الاثار المترتبة على ضمان العيب الخفي . وذلك لاختلاف طبيعة كل منهما ولتجنب بعض الصعوبات التي يثيرها اخضاع ضمان تخلف الصفة لنفس الاثار التي يخضع لها ضمان الاستحقاق التي طبقها المشرع على ضمان العيب الخفي .

تم بعون اللـه

- المراجع -

المراجع باللغة العربية

1) مؤلفات في القانون الوضعي

أ) المؤلفات

1) احمد نجيب الهلالي وحامد زكي عقد البيع ط: 2

2) اسعد دياب : ضمان عيوب المبيع الخفية دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والشريعة الاسلامية والقوانين العربية والاوربية الحديثة ط. 1980

3) اسماعيل غانم : مذكرات في العقود المسمات ط. 1958

4) انور سلطان : عقد البيع طبعة 1970

5) انور سلطان والعدوي : عقد البيع طبعة 1966

6) جمال يوسف الحكيم : عقد البيع طبعة 1970

7) جمال زكي : مشكلات المسؤلية المدنية الطبعة الاولى

8) جميل الشرقاوي : محاضرات في عقد البيع في القانون المدني المصري طبعة 1956

9) حسن فرج : عقد البيع والمقايضة طبعة 1970

10) رضا فرج : تاريخ النظم القانونية د . م . ج . ط 1976

11) سليمان مرقس : عقد البيع طبعة 1968

12) سمير تناغو : عقد البيع طبعة 1973

13) عباس الصراف : شرح عقد البيع والايجار في القانون المدني العراقي طبعة 1956

14) عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد المجلد الاول (عقد البيع والمقايضة) ط. 1952

15) عبد الفتاح عبد الباقي : محاضرات في العقود ج. 2 عقد البيع
16) عبد المنعم البدراوي : عقد البيع في القانون المدني ط. اولى
17) محمد حسنين : عقد البيع في القانون المدني الجزائري الطبعة الاولى 1983
18) محمد لبيب شنب : شرح احكام عقد البيع ط. 1966
19) محمد علي امام : عقد البيع طبعة 1958
20) محمود سلام زناتي : نظم القانون الروماني طبعة 1966
21) مصطفى الزرقاء : شرح القانون المدني السوري العقود المسمات عقد البيع والمقايضة طبعة 1963

ب) المقالات

1) منصور مصطفى منصور " تحديد فكرة العيب الموجب للضمان "مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، جامعة عين شمس، السنة الاولى 1959 العدد الثاني

ج) التشريعات والاحكام القضائية

1) التقنين المدني الجزائري
2) التقنين المدني المصري (القديم والجديد)
3) قانون الموجبات والعقود اللبناني
4) التقنين المدني الفرنسي
5) مجموعة القواعد القانونية التي اقرتها محكمة النقض (المصرية) في خمسة وعشرين عاما من اول نشاتها في سنة 1931 حتى ديسمبر 1955 ج. 1
6) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المصري ج. 4

2) مؤلفات في الشريعة الاسلامية

أ) المؤلفات

1) ابن رشد الحفيد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ4

2) ابن عابدين : حاشية رد المحتار ط. 2 س. 1966 جـ4

3) ابن قدامة : المغني جـ4

4) ابو البركات احمد بن الشرح الصغير على اقرب المسالك الى محمد بن احمد الدردير :مذهب الامام مالك طبعة 1973 جـ3

5) احمد بن تيمية : مجموعة فتاويه ، كتاب البيع ط.1 جـ9

6) بدران ابو العينين بدران :الشريعة الاسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود الطبعة الاولى

7) زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم : الاشباه والنظائر

8) السيد سابق : فقه السنة طبعة 1971 مجلد 3 جـ2

9) شمس الدين الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ3

10) عبد الرحمن الجزيري : كتاب الفقه على المذاهب الاربعة قسم المعاملات جـ2

11) عبد الرزاق احمد السنهوري : مصادر الحق في الفقه الاسلامي جـ4

12) علي الخفيف : احكام المعاملات الشرعية ط. اولى

13) الكمال بن همام : فتح القدير جـ5

14) الكساني : البدائع جـ5

15) محمد جواد مغنية : فقه الامام جعفر ط. 1 جـ5

16) محمد سلام مذكور : المدخل للفقه الاسلامي ط.4 س. 1964

17) شمس الدين السرخسي : المبسوط المجلد 13 جـ 13 .

ب) التشريعات

مراجع باللغة الفرنسية

1) المؤلفات

I- Alter : Les obligations de délivrance dans la vente des meubles corpore[illegible]
Paris 1972 .

2 - Aubry et Rau : Cours de droit civil 6éme ed. V.

3- Baudry et Saignat : Traité théorique et pratique de droit civil 3éme e[illegible]
t. XIX " De la vente et de l'échange."

4- Beudant et Levebours Pigeonniere: Cours de droit civil français 2éme ed[illegible]
t. XI. " La vente et le louage de choses" par Berthe de la Gress[illegible]

5 - Colin et Captain : Cours élémentaire de droit civil français 2éme ed. t[illegible]

6- Gerard : Manuel élémentaire de droit romain 1929 [illegible]

7- A. E. Gifford R. Villers : Droit romain (obligations) 1958 Precis Dalloz.

8- Grosse : Des notions d'obligations de garantie des vices cachés .

9- Guillouard : Traité de la vente et de l'échange t. I. 1890.

10- Josserand : Cours de droit civil positif français 8éme ed. 1930 t. II.

11- Laurent : Principes de droit civil français 3éme ed. t. XXIV.

12- Mazeaud (H.L. et J.): Leçons de droit civil t. III. 1974.

13- Monier : La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine Pari[illegible]

14- Planiol et Ripert : Traité pratique de droit civil français 2éme ed. t.

15- Potier : Contrats de vente.

16- Saleille : Etudes sur la théorie générale de l'obligation. 3éme ed. 192[illegible]

17- Vergnes : De la garantie dans les contrats à titre onereux. 1934 .

2) الدوريات

I - Gazette de Palais.

2- Dalloz.

الفهرس

ص

الفصل الثاني

الباب الثاني

الفصل الاول

الفصل الثاني

الباب الثاني

الفصل الاول